مطبوعات الخزانة الجزائرية للتراث

شرح الرسالة

لابن أبي زيد القيرواني

للقاضي عبد الوهاب البغدادي

المتوفى سنة 422 هـ

البيوع وما شاكل البيوع - الوصايا
التدبير - الكتابة - أمهات الأولاد - العتق - الولاء

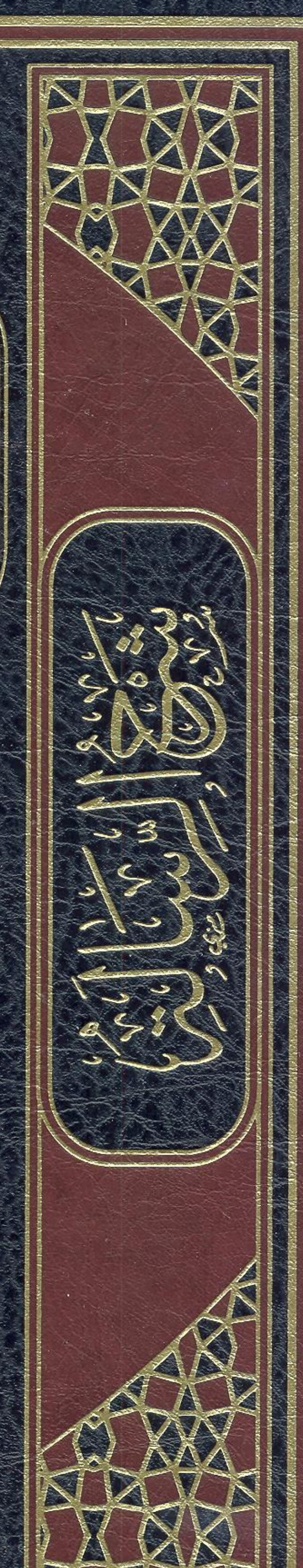
ضبط نصه وعلق عليه:

محمد مرابي   كريم بن عبد الوهاب بن عسو

ليامين بن قدور امكراز الجزائري

المجلد الثامن

دار ابن حزم   دار المحسن



شرح الرسالة

لابن أبي زيد القيرواني

للقاضي عبد الوهاب البغدادي

المجلد الثامن

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

1444هـ - 2022م

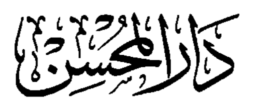


الجزائر - الجزائر العاصمة - المحمدية - الصنوبر البحري - شارع عمر عيدروسي رقم 02

هاتف فاكس: 0021323698117 بريد إلكتروني: khizanadz@gmail.com



ISBN 978-9931-667-17-9



الجزائر - الجزائر العاصمة - المحمدية - الصنوبر البحري

هاتف فاكس: 0021323698116 بريد إلكتروني: darelmohcine@gmail.com

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

مطبوعات الخزانة الجزائرية للتراث (18)

شرح الرسالة

لابن أبي زيد القيرواني

للقاضي عبد الوهاب البغدادي

المتوفى سنة 422 هـ

البيوع وما شاكل البيوع - الوصايا

التدبير - الكتابة - أمهات الأولاد - العتق - الولاء

ضبط نصه وعلق عليه:

محمد مرابي   كريم بن عبد الوهاب بن عسو

ليامين بن قدور امكراز الجزائري

المجلد الثامن

دار ابن حزم   دار المحسن

[باب في البيوع وما شاكل البيوع[1]

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وَأَحَلَّ الله البيع وحرم الرِّبا، وكان ربا الجاهلية في الدُّيون؛ إما أن يقضيَه وإما أنْ يربي له فيه)

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:]

[2][... اختلف الناس في حكم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275] هل هو مِن حيز المجمل أو مِن حيز العموم.

(1) في (ع) بياض بمقدار ثلاث وعشرين صفحة، وافق بداية المجلد، والظاهر أن النقص قليل لا يستغرق جميع الفراغ، بدليل أن القاضي سيأتي على شرح قوله: (وحرم الربا)، فربما يكون النقص مقدار وجه واحد فقط، يتضمن تعريف البيع وبيان حكمه، وقد يسر الله الوقوف على نقل مطول مشتَرك في الجامع لابن يونس (11/ 100) وتهذيب الطالب للصقلي (81/ ب/ أزهرية 95384) وشرح الرسالة للفاكهاني (5/ 80-82) استدركنا منه بضع عشرة سطرا، وصوبنا به جملة من الأخطاء الواردة في النسخة الخطية المعتمدة.

ومن النقول من الجزء المفقود أيضا:

«قال عبد الوهاب: البيوع محمولة على الحِلِيَّة حتى يأتي ما يدل على تحريمها».

[شرح الهسكوري على الرسالة (49/ ب-أزهرية)].

(2) بداية النقل من شرح الرسالة للفاكهاني (5/ 80).

فمنهم مَن قال: إنه مِن حيز المجمل.

والذين قالوا: إنه مِن حيز العموم اختلفوا:

فمنهم مَن قال: إنه مِن قبيل ما يدخله التخصيص، فهو على ظاهره وعمومه إلا ما قام الدليل على خروجه منه؛ كقوله تعالى ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾[التوبة:5]، وسائر الظواهر.

وهذا مذهب أكثر الفقهاء.

ومنهم من قال: إنه من قبيل العموم الذي لا خصوص فيه، ولا يدخله الخصوص؛ لأنه لا بيع إلا وهو حلال، وهؤلاء يمنعون تسمية شيء من البياعات الفاسدة «بيعا»، ويقولون: إنَّ نفي الحكم عن الاسم يمنع وقوع الاسم عليه إلا مجازًا واتِّساعًا.

ومنهم من قال: هو مِن العموم الذي أريد به الخصوص.

وهذه الطريقة مختلف فيها:

فمنهم مَن يجعلها مِن حيز العموم.

ومنهم مَن يجعلها مِن حيز المجمل ...][1].

... [2]هي بالسَّرَقِ الذي علق الحكم عليه.

وإذا قام الدليل على [اعتبار الأوصاف][3] والحرز، وكون المال لا شبهة

(1) انتهاء الجزء المستدرك.

(2) بداية الموجود من شرح الرسالة في النسخة الخطية المعتمدة (ع).

(3) في (ع) ما صورته: (اعتبـالمصاب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فيه للسارق عاد بإجماله؛ لأنَّ تعليقه الحكم بمجرَّد السَّرقة لا يكفي دون ضمِّ هذه الأوصاف إليه؛ فيصير كأنه قال: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما إذا كانت السرقة على الشروط والأوصاف التي نبيِّن لكم»، فيصير الظاهر مجملًا، ويكون بمنزلة قوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: 1]، ونحن لا نعلم بالظاهر ما استثني منه؛ فيعود ذلك بإجماله.

والصحيح مِن هذه الأقاويل ما بدأنا بذكره؛ وهو أنه عامٌّ ليس بمجمَل، وأنه محمول على ظاهره إلا ما قام الدليل على خروجه منه، وأنَّ تخصيص بعضه غير مانع مِن التعلِّق بظاهره، ولا موجِب لإجماله.

والدليل عليه: أنَّ «البيع» اسم لمعنًى معقول [في اللغة؛ وهو نقل][1] المِلك على وجه العِوض.

وقد ورد الظاهر بإباحته مطلقًا غير مقيَّد، مقرونا [باللام][2] الداخل للجنسِ أو للمعهود، فإذا لم يكن هناك معهود؛ وجب حملها على الجنس، وأمكن التعلق بظاهره.

فأمَّا قول مَن قال: إنه مِن قَبيل ما لا خصوص فيه، وإنه لا [يقع إلا حلالا][3]، وأنَّ البياعات [الفاسدة][4] لا يثبت لها اسم «بيع»؛ فليس بصحيح،

---

(1) في (ع) ما صورته: (واللغة وصـ..)، والمثبت من الجامع لمسائل المدونة لابن يونس (11/ 101) وشرح الرسالة للفاكهاني (5/ 81).

(2) في (ع): (بأنه)، والمثبت من الجامع لمسائل المدونة، وشرح الرسالة للفاكهاني.

(3) في (ع) ما صورته: (بيع إلا بحلف)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني نقلا عن المصنف.

(4) في (ع) ما صورته: (الظاهرة)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

لأنَّ انتفاء الحكم لصحته لا يخرجه عن وقوع الاسم عليه في اللغة؛ لأنَّ الظاهر ورد بإباحة ما كانوا يسمُّونه «بيعا» في لغتهم؛ [والتسمية متضمِّنة][1] عندهم لكل ما يتبايعون به ممَّا ورد الشرع بإباحته وحظره، فيجب أنْ يكون الظاهر [متناولا][2] له.

فإذا صحَّ ذلك؛ وجب أنْ يكون مِن قبيل ما دخَله الخصوص، وبطل ما قالوه.

وأمَّا قول مَن قال: إنه مِن العامِّ الذي أُريدَ به الخصوص؛ فإنه صحيح، لأنَّا قد بيَّنا أنَّ ظاهره يعمُّ كل ما يقع عليه اسم «بيع»، إلا أنَّ السنَّة وردت بتحريم بياعات لولا ورودها لأبَحْناها[3] بالظاهر لشموله إيَّاها.

فعلمنا أنَّ العموم أُريد به الخصوص.

فأمَّا تسمية بعضهم الظاهر مِن أجل هذا مجملا؛ فغير صحيح، لأنَّ «المجمل» [هو ما][4] لا يستقلُّ بنفسه، ولا يمكن معرفة المراد منه إلا بقرينةٍ تنضمُّ إليه؛ لا مِن ناحية [لفظه ولا من مفهومه ولا فحواه][5]، ولا عُرف في استعماله، وذلك مثل قوله: ﴿وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: 141].

وقوله: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: 1].

(1) في (ع): (في التسمية بمضمنه)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) في (ع) ما صورته: (مثلا)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(3) في شرح الرسالة للفاكهاني: (لألحقناها).

(4) بياض في (ع)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(5) بياض في (ع)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

وقوله [ﷺ][1]: «إلا بحقها»[2].

ألا ترى أنَّا لو خلينا وظاهر قوله [تعالى: ﴿وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾][3] [لم يفهم][4] المراد به؛ لأنه ليس فيه بيان لجنس الحق ولا لمقداره.

وكذلك قوله: «عصموا مني دماءَهم وأموالَهم إلا بحقِّها»؛ ليس فيه بيان الحق الذي لم تعصم منه الدماء والأموال، فعاد ذلك بإجمال اللفظ.

فإذا ثبت ذلك؛ كان قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275] تعليقا للحكم على اسم معقول، [معلوم][5] متعلَّقُه [ومعناه][6]، يمكن معرفة المراد به بلفظه وظاهره؛ بطل أنْ يكون مجملا[7].

فأما مَن تعلَّق في إجمال اللفظ بقوله عقبيه: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: 275]؛ فمتعلَّقه غير صحيح، لأنَّ الربا هو الزيادة، وليس لا بيع إلا ما كان فيه تفاضل؛ فكان هذا القول مخصِّصا للفظ الأول، ومخرجا لبعض ما شمله عمومه، وهو ما كان منه ربًا.

فأمَّا قولهم: إنَّ «الربا» اسم مجمل؛ لأنه لا يقع على بعض التفاضل دون

---

(1) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني نقلا عن المصنف.

(2) في قوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: «لا إله إلا الله»، فإذا قالوا: «لا إله إلا الله» عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله»، رواه البخاري (392) ومسلم (35).

(3) بياض في (ع)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(4) في (ع): (لفهم)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(5) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(6) في (ع) ما صورته: (وبمثله)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(7) انتهى نقل الفاكهاني عن المصنف.

بعض وعلى نوع مِن النَّساء، وعلى غير ذلك ممَّا ليس في الظاهر بيانه، وإنَّ هذا [و/ 226] الإجمال عائدٌ بإجمال اللَّفظ الأول؛ فليس بصحيح؛ لأنَّ كل ما يطلق عليه اسم «ربا» فهو ممنوع، و«الربا» هو اسم الزيادة، فليس في ذلك إجمالٌ للَّفظ الأول.

فأمَّا تعلق الفريق الآخر في إجمال اللفظ بورود السنَّة بتحريم بياعاتٍ كالغرر وغيره؛ فليس بصحيح أيضًا، لأنَّ هذه الشروط والأوصاف لسنا نحتاج إليها في تناول ما تناوله اللفظ ولا في إمكان تقييد الحكم متى خُلِّينا وظاهره؛ لأنَّ جميع هذا ممكن بالظاهر.

فالذي يُستفاد به: بيان ما يَخرج منه، وهو الذي لم يُرَد به.

ويبيِّن ذلك: أنَّ تخصيصه بالأعيان هذه سبيله؛ لأنه يبيِّن ما لم يُرَد باللفظ الذي ظاهره العموم، وما لولاه لدَخَلَ فيه، فكذلك سبيل تخصيصه بالشروط والأوصاف.

فإنْ قالوا: إنما وجب ذلك في تخصيصه بالأعيان؛ لأنه لا يخرج اللفظ عن تعلُّق الحكم بمجرَّد الاسم، وليس كذلك هاهنا؛ لأنه يخرج الحكم عن تعليقه بمجرَّد الاسم دون شروط وأوصاف لا ينبئ اللفظ عنها.

قلنا: هذا يسقط بما بيَّناه مِن أنَّ الشروط ليس يحتاج إليها لتنفيذ الحكم؛ لأنَّ الحكم ينفذ بالظاهر، وإنما يحتاج إليها في بيان ما لم يُرَد به، وهذا لا يخرجه عن تعليق الحكم بنفس الاسم.

وربما شبَّهوا ذلك بقوله: ﴿أَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ [البقرة: 43] في أنَّ المراد به لا يمكن معرفته مِن ظاهره، وقالوا: وهما وإنْ افترقا في أنَّ اسم «البيع» معقولٌ في اللغة، واسم «الصلاة» مجمل؛ فقد اتَّفقا في أنَّ المراد بهما غير معقول مِن ظاهر اللفظ، ولا فصل بين أنْ يُعلم ما لا يتمُّ تحليل البيع إلا به مِن الشروط والأوصاف بالظاهر وبين أن لا تُعلم الصلاة بالظاهر؛ لأنَّ الحاجة إلى معرفة ما لا يتمُّ الحكم إلا به كالحاجة إلى معرفة الحكم نفسه، لأنَّ تقييده غير ممكن في الموضعين.

فالجواب: أنَّ تشبيههم في غير موضعه؛ لأنَّ قوله: ﴿أَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ لا يمكن تنفيذ الحكم لو خلينا وظاهرَ قوله.

[ولو خلينا وظاهر قوله][1]: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]؛ لأبحنا كل بيع؛ لانتظام اللفظ له.

[فالواجب][2] أن نتبين ما لا يجوز منه، لأن ما يجوز منه فالظاهر قد تناوله.

وما ذكروه مِن أنَّ الحاجة إلى ما لا يتمُّ الحكم إلا به كالحاجة إلى معرفة الحكم نفسه؛ صحيح، ولكن ليس بموجود في هذا الموضع؛ لأنَّ الحاجة ليست إلى ما لا يتمُّ الحكم إلا به، وإنما هي إلى ما ليس بمراد.

ولأنَّ الصحابة قد [اعتبرت][3] بما هذه سبيله مِن الظواهر:

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (فالجواب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) زيادة يقتضيها السياق.

نحو تعلُّق علي -رضوان الله عليه- في تحريم الجمع بين الأختين بمِلك اليمين بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: 23][1].

وتعلُّق غيره بقوله تعالى: ﴿وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾[النساء: 36][2].

وتعلُّق ابن عباس بقوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: 23]، ورَدُّه ذلك بما رواه ابن الزبير[3].

مع كون هذه الظواهر محتاجا إلى شروط وأوصاف لا تنبئ ألفاظها عنها؛ فصحَّ بذلك ما قلناه.

وهذه جملة كافية في هذا الباب.

فصل:

فأمَّا (تحريم الربا):

فالأصل فيه الكتاب والسنَّة وإجماع الأمَّة.

فأمَّا الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا﴾ [البقرة: 275]؛ وهذا نصٌّ.

وقوله أول الآية: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾ [البقرة: 275].

قيل في تفسيره: إنه يقوم مِن قبره كقيام المختبل الذي يتخبَّطه الشيطان،

(1) ينظر: مصنف عبد الرزاق (12729) (12737) مصنف ابن أبي شيبة (16508).

(2) ينظر: مصنف عبد الرزاق (12736) (12737).

(3) ينظر: مصنف عبد الرزاق (13921).

ومخبله مِن الجنون[1].

وقوله: [و/227] ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُوا۟ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَقَدْ نُهُوا۟ عَنْهُ﴾ [النساء: 160-161].

وهذا يدلُّ على تحريمه على مَن كان قبلنا.

وهذا الاستدلال على القول بأنَّ كل ما أخبر الله بأنه شرعه لمَن كان قبلنا ولم يقُل بأني نسخته عنكم؛ فإنه مشروع لنا إلا أنْ ينسخ عنَّا، وهو مذهب مالك -رحمه الله-؛ لأنه قد استدلَّ في مواضع بمثل هذا:

منها قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: 45]، وهذا إخبار عن أمره لأهل التوراة وغير ذلك، وعليه أكثر أصحابنا.

وقد ذهب إليه ابن بُكير، وذكره في كتاب «أحكام القرآن».

و[2]قوله تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰا۟ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: 276]؛ وهذا تنبيه على تحريمه ومنعه.

وقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [البقرة: 278-279] إلى آخر الآية؛ نزلت في ربا الجاهلية.

وهو الذي عَنَاه النبي ﷺ في خطبته عام حجَّة الوداع، فقال: «إنَّ كل ربا موضوع، ولكم رؤوس أموالكم لا تَظلِمون ولا تُظلَمون، قضاء الله بينكم:

---

(1) ينظر: تفسير الطبري (5/ 40).

(2) في (ع) زيادة: (وهو)، ولعل حذفها أليق بالسياق.

أنْ لا ربا، وأنَّ ربا عباس بن عبد المطلب موضوعٌ كله»[1].

[وهذا][2] الذي ذكره أبو محمد -رحمه الله- قاله مجاهد[3].

وذكره مالك في «الموطأ»: عن زيد بن أسلم، قال: «كان الربا في الجاهلية يكونُ للرَّجل على الرَّجل الحقُّ إلى أجل، فإذا جاء الأجل قال: أتقضي أم تُربي؟ فإنْ قضاه أخذ منه، وإلا زاده في حِصَّته[4] وأخَّر عنه الأجل»[5].

فجاء النصُّ بتحريم ذلك.

ومِن السنَّة أيضًا: ما روى عبد الله بن مسعود قال: «لَعَن رسولُ الله ﷺ آكلَ الربا ومُوكِلَه وشاهدَيْه وكاتبَه»، وقال: «هم سواء»[6].

وقال: «إني أخاف عليكم الرَّمَاءَ[7]»؛ يعني: الرِّبا[8].

وأما الإجماع؛ فمعلوم ضرورة مِن دين الأمَّة تحريمه ومنعه وتكفير مُستحِلِّه، وإنِ اختلفوا في تفصيل مسائله وشروطه على ما سنذكره ونوضِّح القول فيه -إنْ شاء الله-.

---

(1) أخرجه أبو داود (3334)، والترمذي (3087)، من حديث عمرو بن الأحوص، وابن ماجه (3074) من حديث جابر، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح»، وأصله في الصحيحين بلفظ مقارب.

(2) في (ع): (وهو)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) السنن الكبرى للبيهقي (10466).

(4) في موطأ مالك: (حقه).

(5) موطأ مالك (2480).

(6) أخرجه مسلم (1597) (1598) من حديث ابن مسعود وجابر.

(7) قال في النهاية (2/ 269): «الرماء» بالفتح والمد: الزيادة على ما يحل.

(8) أخرجه مالك (2337) من طريق عمر بن الخطاب موقوفا عليه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومِن الرِّبا في غير النَّسيئة: بيعُ الفضَّة بالفضة يدًا بِيَد متفاضِلا، وكذلك الذهبُ بالذهب، ولا تجوز فضةٌ بفضة ولا ذهبٌ بذهب إلا مِثْلا بمِثل يَدًا بيد، والفضة بالذهب رِبًا إلا يدًا بِيَد.

والطعامُ [1] مِن الحبوب والقِطْنية وشِبْهِها ممَّا يُدَّخر مِن قُوتٍ أو إدام، فلا يجوز الجنسُ منه بجنسه إلا مِثْلا بمِثل يَدًا بيد، ولا يجوز فيه تأخير.

ولا يجوز طعامٌ بطعام إلى أجَلٍ، كان مِن جنسه أو مِن خِلافه، كان ممَّا يُدَّخر أو لا يُدَّخر، ولا بأس بالفواكه والبُقول وما لا يدَّخَر متفاضلا وإنْ كان مِن جنسٍ واحدٍ يدًا بيد.

ولا يجوز التفاضلُ في الجنس الواحد فيما يُدَّخرُ مِن الفواكه اليابسةِ وسائرِ الطعام والإدام والشرابِ إلا الماءَ وحدَه.

وما اختلَفَت أجناسُه مِن ذلك ومِن سائر الحبوبِ والثمار والطعام فلا بأس بالتفاضل فيه يدًا بِيَد.

ولا يجوز التفاضلُ في الجنس الواحدِ منه إلا في الخُضر والفواكه).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

اعلم أنَّ الربا في الأصل لا يكون إلا مِن وجهين: أحدهما: التفاضل، والآخر: النَّساء.

---

(1) في (ع) زيادة: (بالطعام)، وليست في متن «الرسالة».

فأمَّا التفاضل؛ فلا يكون إلا في الجنس الواحد، فلا يكون في جنسين.

والأجناس [التي][1] يحرم التفاضل فيها نوعان؛ وهما:

الذهب والفضة: وعلَّتهما عندنا كونهما أصولا للأثمان [و/ 228] والقِيَم.

والنوع الآخر: مقتات الأطعمة ومُدَّخَرها -دون الفواكة والخضر وما يجري مجراها-، على ما سنبيِّنه.

هذا حكم التفاضل.

فأما النَّساء؛ فإنه في موضعين:

أحدهما: في الموضع الذي يحرم التفاضل في نقده.

والآخر: في الموضع الذي لا يحرم التفاضل في نقده.

فأما فيما لا يحرم التفاضل فيه: فالحديد والرصاص والثياب والحيوان وسائر العُروض؛ فعلَّته الجنس، ولا يجوز عندنا بيع شيء مِن الأشياء اثنين بواحد مِن جنس إلى أجل بوجهٍ كائنا ما كان.

فأمَّا فيما يَحرم التفاضل فيه: فليس له عبارة تحصره سوى إنْ بُيِّن أعيان مسائله؛ فكل جنس حَرُم التفاضل في نقده حَرُم النَّساء في بيعه.

ولا يجوز ذهبٌ بذهبٍ متأخرا، وكذلك فضة بفضة، وكذلك الطعام بالطعام؛ لا يجوز جنسٌ منه بجنس متأخرا.

فأما النَّساء في الجنسين مِن ذلك؛ فإنه على وجهين:

فما جمعَتهما في تحريم التفاضل علةٌ واحدةٌ؛ فلا يجوز بعضه ببعض

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

متأخرا، جِنسًا كان أو جنسين.

وما اختلفت عللُه؛ جاز بيع أحد الجنسين بالآخر متماثلا أو متفاضلا.

وذلك كالذهب والفضة؛ هما جنسان يجوز التفاضل فيهما، ولكن تجمعهما علة واحدة، ولا يجوز أحدهما بالآخر نَساءً على وجهٍ.

والطعام الذي فيه الربا تجمعه علة واحدة، فلا يجوز بيع بعضه ببعض متأخرا وإن اختلفت أجناسه.

ويجوز بيع الذهب بالطعام متأخرا؛ لأنَّ عللهما في التفاضل مختلفة، وكذلك الفضة بالطعام.

واعلم أنَّ الطعام له حكمٌ بنفسه، فلا يجوز عندنا بيع شيء منه بجنسه الذي هو الطعام إلى أجل على وجه كان مما فيه الربا في التفاضل أم لا.

ولا يجوز بيع حنطة بتفاح أو بقل إلى أجل.

وإنما احتجنا إلى ذكر العلل المُتَّفِقة في التفاضل أو المختلفة لَمَّا احتجنا إلى الجمع بينه وبين الذهب والفضة، فافهم ذلك.

فصل:

أمَّا تحريم التفاضل في الجنس الواحد مِن الذهب والفضة؛ فهو قول كافة فقهاء الأمصار[1].

وذهب ابن عباس: إلى جواز التفاضل فيه نقدا؛ لما رواه أسامة بن زيد أنَّ

---

(1) الإشراف (6/ 56)، الاستذكار (6/ 347).

النبي ﷺ قال: «إنما الرِّبا في النَّسيئة»[1]، قيل: على أنَّ النقد لا ربا فيه، وروي: «لا ربا إلا في النسيئة»[2].

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275]، والربا في اللغة: الزيادة، فهو على عمومه.

ورَوى مالكٌ عن موسى بن أبي تميم عن سعيد بن يسار عن أبي هريرة أنَّ رسول الله ﷺ قال: «الدينارُ بالدينار والدرهمُ بالدرهم لا فضلَ بينهما»[3].

ورَوى عثمان بن عفان أنَّ النبي ﷺ قال: «لا تَبيعوا الدينارَ بالدينارين، ولا الدرهمَ بالدرهمين»[4].

ورَوى مالكٌ عن نافع عن أبي سعيد الخدري أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهبَ بالذهب إلا مِثلًا بمثلٍ، ولا تُشِفُّوا بعضَها على بعض، ولا تبيعوا الوَرِق بالوَرِق إلا مثلًا بمثلٍ، ولا تُشِفُّوا بعضَها على بعض، ولا تبيعوا شيئا منهما غائبا بناجز»[5].

ورَوى مالك عن حُميد بن قيس المكي عن مجاهد عن ابن عمر قال:

---

(1) أخرجه مسلم (1596).

(2) أخرجه البخاري (2178).

(3) موطأ مالك (2332)، وأخرجه مسلم (1588) من طريق سليمان بن بلال عن موسى بن أبي تميم، به.

(4) أخرجه مسلم (1585).

(5) مالك (2333)، ومن طريقه البخاري (2177) به بلفظه.

«الدينارُ بالدينار، والدرهمُ بالدرهم؛ لا فضلَ بينهما، هذا عهدُ نبيِّنا إلينا، وعهدُنا إليكم»[1].

فأمَّا حديث أسامة؛ فقد [و/ 229] روينا نصوصًا تقضي على دليله.

وعلى أنه محمول على الجنس بما قلناه.

وأمَّا ابن عباس فإنَّ رجوعه ثابت، وروي عن عبد الله بن سليمان الأزدي قال: كنت معه في الطائف أُمرضه مرضه الذي مات فيه، فسمعته يقول: «اللهم إني أستغفرُك وأتوب إليك مِن قولي في الصَّرف»[2].

فصل:

فمصوغ كل جنس مِن ذلك لا يجوز بيعه بشيء مِن جنسه إلا مِثلا بمِثل وَزْنا بوزن، وبه قال كافةُ أهل العلم.

وحكى بعضُهم عنَّا في هذا العصر أنه يجوز أنْ يُستفضَل بينهما قدر قيمة الصناعة، وهذا غلطٌ علينا، وليس بقولٍ لنا ولا لأحد مِن أصحابنا على وجه[3].

(1) مالك (2334)، وقال الدارقطني في العلل (13/ 68): «قال في آخره: «هذا عهد نبينا إلينا»، وليس هذا القول بمحفوظ، ولعله أراد: عهد صاحبنا إلينا، يعني عمر».

(2) رواه وكيع في أخبار القضاة (3/ 48) من طريق ابن شبرمة عن عبد الرحمن الأزدي عن ابن عباس، بمثله، ورواه عبد الرزاق (14548) (14549) من طرق عن ابن عباس بمعناه.

(3) قال النووي -بعد ما ذكر كلام القاضي هذا-: «فلا وجه لنصب الخلاف معهم وهم موافقون، وقد نصب أصحابنا الخلاف معهم، وكان شبهة النقل عنه في ذلك مسألة نقلها الشافعي رحمه الله عن مالك». المجموع (10/ 84).

والذي يدلُّ على منع ذلك عموم الظواهر الذي قدَّمناها، وليس فيها فرقٌ بين المَصوغ والمضروب.

دليل عليه:

ما رواه مالك عن حُميد بن قيس المكي عن مجاهد أنه قال: كنت مع عبد الله بن عمر فجاءه صائغٌ فقال: يا أبا عبد الرحمن، إني أصوغ الذهبَ ثم أبيع الشيء مِن ذلك بأكثرَ مِن وزنه، فأستَفضِلُ مِن ذلك قدرَ عمل يدي؟ فنهاه عن ذلك، فجعل الصائغُ يرُدُّ[1] عليه المسألة، وعبدُ الله ينهاه، حتى انتهى إلى باب المسجد [2] إلى دابة يريد أنْ يركبها، ثم قال عبد الله: «الدينارُ بالدينار، والدرهمُ بالدرهم؛ لا فضلَ بينهما، هذا عهدُ نبيِّنا إلينا، وعهدُنا إليكم»[3].

ورَوى مالك عن زيد بن أسلَم عن عطاء بن يسار أنَّ معاوية بن أبي سفيان -رحمه الله- باع سِقايةً مِن ذهب أو وَرِقٍ بأكثرَ مِن وزنها؛ فقال له أبو الدرداء: «سمعتُ رسولَ الله ﷺ ينهى عن مثل هذا؛ إلا مِثلا بمِثل»، فقال له معاوية: «ما أرى بهذا بأسًا»، فقال أبو الدرداء: «مَن يَعذِرُني مِن معاوية؟ أُخبره عن رسول الله ﷺ ويُخبرني عن رأيه، لا أساكِنُك ببلدٍ أنت فيها، فخرج، ثم قدِمَ أبو الدرداء على عمر -رضوان الله عليه- فذكر ذلك له، وكتب عمر بن

(1) في الموطأ: (يردد).

(2) في موطأ مالك زيادة: (أو).

(3) مالك (2334)، وقال الدارقطني في العلل (13/ 68): «قال في آخره: «هذا عهد نبينا إلينا»، وليس هذا القول بمحفوظ، ولعله أراد: عهد صاحبنا إلينا، يعني عمر».

الخطاب -رضي الله عنه-[1]: «لا تبيعوا ذلك إلا مِثلًا بمِثل وزنا بوزن»[2].

ولأنه ذهبٌ بذهبٍ؛ فأشبه المَسكوك بالمَسكوك، أو المَصوغ بالمَصوغ.

[و][3] لأنَّ زيادة قيمة الصَّنعة إنما تُراعى في الإتلاف دون المعاوضات؛ كجودة الجنس.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه، فتحريم التفاضل في الأطعمة ممَّا ورد به نصُّ السنَّة.

والذي ورد النصُّ مِن ذلك أربعة أشياء؛ وهي الحنطة والشعير والتمر والملح، وقد بيَّنا القولَ في الذهب والفضة، فهذه الأشياء الستة ممَّا لا خلاف في تحريم التفاضل فيها في الجنس الواحد منها.

والأصل في ذلك:

عُبادة بن الصامت أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهبَ بالذهب، ولا الوَرِقَ بالوَرِق، ولا البُرَّ بالبُرِّ، ولا الشعيرَ بالشعير، ولا التمرَ بالتمر، ولا الملحَ بالملح؛ إلا سواءً بسواء، عينا بعَيْن، يدًا بِيَد، فمَن زاد أو استزاد فقد أَرْبى»[4]، وطرق الحديث كثيرة.

ولا خلاف بين الأمَّة في تحريم التفاضل في هذه الأشياء المأكولات الأربعة.

---

(1) في مصادر التخريج زيادة: (إلى معاوية).

(2) مالك (2336)، قال ابن عبد البر في التمهيد (4/ 71): «ظاهر هذا الحديث الانقطاع لأن عطاء لا أحفظ له سماعا من أبي الدرداء، وما أظنه سمع منه شيئا».

(3) زيادة من الإشراف للمصنف (2/ 446).

(4) أخرجه مسلم (1587).

فصل:

فإذا ثبت هذا؛ عُدنا إلى الكتاب فقلنا:

أمَّا التحريم في التفاضل في سائر الأطعمة المقتاتة مِن القِطْنية وغيرها مِن الحبوب في الجنس الواحد منها؛ وإجراؤه إيَّاها مجرى ما نُصَّ عليه، لأنَّ التحريم عنده تعلق في الأشياء المنصوص عليها [و/ 230] بمعانيها لا بأسمائها، فإذا وُجدت ذلك المعاني في غيرها ساوَتها في تعلُّق الحكم بها.

وقد اختلف الناس في ذلك:

فذهب أصحابنا وكافةُ فقهاء الأمصار إلى أنَّ الربا تعلَّق بمعاني هذه المسمَّيات دون أسمائها -على ما بيَّناه-، ثم اختلفوا في المعنى الذي تعلَّق الرِّبا به اختلافًا كثيرًا، سنذكره ونبيِّن الصحيح منه.

وذهب مَن نفى القياس[1] إلى أنَّ التحريم تعلَّق بأسمائها لا بمعانيها؛ فجوَّزوا التفاضل في كل ما عداها مِن الأرز والذُّرَة والدُّخْن[2] والحِمَّص[3] والعدس، وجميع المأكول والموزون وغير الموزون؛ لأنَّ تحريم التفاضل في ذلك لا يثبت إلا بالقياس؛ لأنَّ النصَّ لم يتناول إلا الستة الأصناف، والقياس عندهم غير ثابت.

والكلام على هؤلاء مِن طريقين:

---

(1) وهم الظاهرية؛ ينظر: المحلى لابن حزم (7/ 449).

(2) الدخن: نبات عشبي حبُّه صغير أملس كحب السمسم ينبت بريًا ومزروعًا. [«المعجم الوسيط» (1/ 276)].

(3) الحِمّص: بكسر الميم وفتحها. الزاهر (ص: 105).

أحدهما: أنْ نَدُلَّ على ثبوت القياس وصحَّته، ثم نبيِّنَ المعنى الذي تعلَّق تحريم التفاضل به منها، فنلحق به ما وُجد مِن ذلك المعنى.

والطريق الآخر: أن نَدُلَّ على ثبوت الربا في ذلك مِن غير طريق القياس؛ وهذا هو الذي ينبغي أنْ يُسلك في هذا الموضع؛ لأنَّ الطريقة الأولى كلامٌ في الأصول لا يحتملها هذا الموضع.

وقد استدلوا على نفي الرِّبا عمَّا زاد على الأسماء الستة:

بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275].

وقولِه: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

وسائر الظواهر الواردة بإباحة البيع عموما.

والدليل على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: 275]؛ والربا -في اللغة-: الزيادة، وهذا عامٌّ.

ورَوى [مَعْمَر][1] بن عبد الله: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مِثْلًا بمِثْل»[2]؛ فعمَّ.

وقوله: «إذا اختَلَف الجنسان فبِيعوا كيف شئتُم»[3]؛ [فنبه][4] على أنَّ اتفاق الجنسين مانعٌ مِن التفاضل.

---

(1) في (ع): (عمر)، والتصويب من صحيح مسلم.

(2) أخرجه مسلم (1592).

(3) أخرجه مسلم (1587) وفيه: (الأصناف) بدل (الجنسان).

(4) في (ع) ما صورته: (فنسبه)، ولعل المثبت أليق بالسياق، وينظر المعونة (2/ 958).

وفي حديث عُبادة أنه ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهبَ بالذهب، والبرَّ بالبُرِّ»، إلى أنْ قال: «حتى الملح»[1].

فجعل الملح غايةً لِمَا ابتدأ به؛ وهو الذهب والفضة والبُرُّ، فدلَّ على أنَّ ما بينهما في حكمهما؛ كقولك: «أكرمتُ الناسَ حتى الحُرَّاسَ»، و«أكلتُ السمكةَ حتى رأسَها»؛ أنَّ المفهوم مِن ذلك دخول ما بين ابتداء الغاية وانتهائها في حكمها.

وظواهرهم مخصوصة بما ذكرناه، والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت ما ذكرناه أنَّ تحريم التفاضل في هذه المنصوصات تعلَّق بمعانيها دون أسمائها، وقد اختلف الناس في ذلك؛ فذكر كلُّ فريقٍ معنًى زعم أنَّ الحكم تَعلَّق به.

فحُكي عن بعض التابعين: أنَّ العلة في ذلك أنه جنس تجري فيه الزكاة.

وعن آخرين: أنه جنس مُنتفعٌ به.

وذكر مالك في «الموطأ» عن سعيد بن المسيب: أنَّ العلة في ذلك الكيلُ والوزن فيما يُؤكل ويُشرب[2].

فأمَّا فقهاء الأمصار فاختلفوا في ذلك:

---

(1) أخرجه النسائي (4563) بلفظه، وأحمد (22724) بلفظ: «حتى خَصَّ الملح»، وهو عند مسلم (1587) بلفظ: «والملح بالملح».

(2) الموطأ (2340).

فعند أبي حنيفة: أنَّ العلة فيه زيادةُ كيل أو وزنٍ في جنس مَكيل أو موزون[1].

وكان الشافعي يعلل في قوله القديم: بأنه جنس مأكول مَكيل أو موزون، ثم رجع عن ذلك في الجديد.

والتعليل الذي يقوله أصحابه: إنه مطعوم جنسٍ، فيدخل في ذلك [كل][2] مطعوم على اختلافه؛ حتى الأشربة والأدوية والماء كالسَّقَمونيا[3] وشبهه[4].

وأمَّا أصحابنا: فراعوا صفةً زيادةً على الأكل، واختلفوا في حصر العبارة عنها اختلافًا شديدًا:

فمنهم مَن يقول: إنه جنس مقتات فقط.

فإذا قيل لهم: يخرج الملح عن [و/231] العلة؛ لأنه ليس بقوت.

أجابوا عن ذلك: بأنه قوت، ولكن وجه اقتياته يخالف وجه اقتيات غيره؛ لأنه ليس الاقتيات أنْ يُؤكل وحده على جهته؛ كالخبز، ولكن على ما جرت العادة بأكله عليه، فذلك وجه اقتياته.

[ويَسْحَبون][5] ذلك في التوابل والأبزار[6].

وهذا تعليل إسماعيل بن إسحاق وابن بُكير ومَن تابعهما.

---

(1) شرح مختصر الطحاوي (3/ 18).

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) السقمونيا: نبات يستخرج منه دواء مسهل للبطن ومزيل لدوده. «المعجم الوسيط» (1/ 437).

(4) الحاوي الكبير (5/ 83).

(5) في (ع): (ويستحبون)، والمثبت أليق بالسياق.

(6) الأبزار: ما يطيب به الغذاء، وكذا التوابل. «تاج العروس» (10/ 166).

ومِن أصحابنا مَن قال: إنَّ التعليل بمجرَّد القوت؛ فخرج الملح والتوابل والأبازير عن العلة.

ولكن يقال: جنسٌ مقتات أو يُصلح القوتَ.

واعترض المخالفون على هذا الإعلال بشيئين:

أحدهما أنْ قالوا: هذا يؤدي إلى أنها معلولة بعلتين:

أحدهما: القوت في المقتات.

والأخرى: إصلاحه فيما ليس بمقتات.

فأجابوا عن هذا بأنْ قالوا: ليس كذلك، بل العلة واحدة، وهو أكله على هذا الوجه الذي هو الاقتيات أو ما يُصلحه.

وليس إذا لم يكن له عبارة تحصره بلفظة واحدة وجب إذا أوردناه على تفسيره أنْ يكون علتين، كما ليس [قول][1] أهل العراق: «إنه جنس مكيل أو موزون» يوجب أنْ يكون علَّتين؛ لأنهم أرادوا جنسا مقدرًا هذا النوع مِن التقدير، كذلك هذا.

ومنهم مَن أجاب بأنْ قال: هذا كما قلتم معلَّلٌ بعلل مختلفة، وكل واحدٍ مِن المنصوص عليه معلل بعلة تخالف علة الآخر:

فالبُرُّ؛ معلل بأنه قُوتٌ في الرفاهة.

والشعير؛ معللٌ بأنه قوتٌ عند الضرورة.

ففيه تنبيهٌ على الذُّرَة والدُّخْن والباقلاء والعدس وسائر القَطاني.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

والتمر؛ معللٌ بأنه حلاوة مدَّخرة، فيدخل في ذلك العسل والسُّكَّر وكل ما شارَكه في هذا المعنى.

والملح؛ معللٌ بأنه مصلحٌ للقوت، فيدخل في ذلك الأبازير وغيرها.

وليس معكم إجماع الأمَّة على أنه لابدَّ أنْ تكون علَّتُها واحدة، وأنه لا يجوز أنْ يعلل بأكثر منها.

وهذا الطريق كان يسلكها القاضي أبو عبد الله المالكي البصري[1]، ذكرها عنه أبو جعفر الأبهري[2]، وفيها نظر.

والاعتراض الآخر أنْ قالوا: إنَّ هذا يوجب أنْ يكون في النار والحطب الرِّبا؛ لأنهما يُصلحان القوت.

وهذا مِن غثِّ الجهل وزيادة التدليل، وذلك بأنَّ الغرضَ بإصلاح القوت أنْ يكون مِن المأكولات؛ لأنَّ القوم قالوا: «جنسٌ مقتات أو مصلح القوت»، فالأكل مُراعى عندهم على كل حال، وإنما الخلافُ في الصفة الزائدة عليه.

وليس إذا لم ينطقوا كما نطق الطفل وجب أنْ يدَّعى أنَّ [اعتلالهم][3] غير مفهومة، فبان بذلك أنَّ هذا غير لازم، وأنه جهل مِن المعترض به.

وقال آخرون مِن أصحابنا: العلة جنسٌ مأكول مدَّخر للاقتيات.

---

(1) قال عياض في ترتيب المدارك (1/ 21) في معرض كلامه عن ابن خويزمنداد: «هذا أبو محمد عبد الوهاب يحكي عنه ويقول فيه: وقال أبو عبد الله البصري».

(2) محمد بن عبد الله الأبهري أبو جعفر غلام أبي بكر الأبهري، يعرف بالأبهري الصغير.

(3) في (ع): (اعتراضهم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وحرَّر المتأخرون العبارة على ذلك بأنْ قالوا: كل مدَّخَر مِن المأكولات للعيش غالبا فالربا متعلقٌ به، فلابدَّ مِن هذا الاحتراز؛ لأنَّ الخوخ وغيره ممَّا يُدَّخر مِن المأكولات، وليس ادِّخاره بموجب فيه الربا؛ لأنه ليس للعيش غالبا.

فإذا ثبت هذا:

فالخلاف مع أبي حنيفة:

في أننا نراعي الأكل، وهو لا يراعيه.

وفي أنَّ قليل الحنطة والتمر فيه الربا عندنا وإنْ كان لا يتأتَّى كيله، وعنده لا ربا فيه.

ومعه ومع الشافعي في وجهين آخرين:

أحدهما: في صحة الاعتلال؛ كل واحدٍ منَّا لمذهبه.

والآخر: في الترجيح بشهادة الأصول.

فنبدأ أولا فندل على صحة اعتلالنا:

والذي يدلُّ على ذلك أنَّ صاحب الشرع ﷺ لما نصَّ على تحريم التفاضل في البُرِّ وما ذُكر معه نبَّه على اعتبار ما قلناه مِن [و/232] الاقتيات وما يصلحه من وجهين:

أحدهما: أنَّا قد علِمنا أنه إنما نصَّ على كل واحدٍ مِن المسمَّيات الأربعة ليتمَّ به معنى لا يُعلم مع عدمه ولا مع نصِّه على غيره، فلو أراد مجرَّد الأكل والطعم -على ما يقوله أصحاب الشافعي- لاكتفى بالنص على واحد منها؛

إذ الأكل متساو في جميعها، وليس يختلف عنده، فكان يَذكُر [أصنافه][1] لينبِّه على كل صنفٍ بما نصَّ عليه منه، فيكون متى أراد هذا ذاكرا ما لا يفيد سواه التأكيد.

وإذا كان لا سبيل إلى تعرية كلامه مِن الفائدة ما أمكن؛ وجب حمله على ما يُعقل مِن تنبيهه عليه، وهو:

أنه ﷺ ذكر البُرَّ؛ فنبَّه به على كل مقتات تعمُّ الحاجة إليه وتقوم الأبدان بتناوله.

ونصَّ على الشعير؛ مُعْلِما به أنه مشارك للبُرِّ في الحكم وإنِ انفرد بصفة أخرى، وهي كونه عَلَفا للبهائم، وأنَّ اقتياته لا يكون إلا حال [الاضطرار][2] غالبًا، فإنَّ تلك الصفة لا معتبر بها، فنبَّه على كل مشاركٍ له في معناه كالذُّرَة والدُّخْن وغيرهما.

وذكرَ التمر؛ منبِّها عنه على كل حلاوة مدَّخرة غالبا لأصل المعاش مِن العسل والزبيب والسكَّر وما في معانيها، ولئلا يُتوهَّم أنَّ انفرادَه بكونه حلاوة مخرجا له عن دخول الربا فيه.

وذكر الملح؛ منبِّها عنه على أنَّ ما أصلح الاقتيات مِن المأكولات وتبعها كان في حكمها، كالأبازير وما جرى مجراها؛ لئلا يتوهَّم أنَّ تحريم التفاضل متعلِّقٌ بأصول المأكول المدَّخر دون ما أصلَحَها وتبِعَها.

---

(1) في (ع) ما صورته: (اضافة)، والتصويب من المعونة (2/ 958).

(2) في (ع): (الإضرار)، والمثبت من المعونة (959).

فلا يدخل عليه ما يعتبر به الغير منهم على ما أبَنَّا فساده.

وإذا ثبت ذلك؛ فقد بان أنه ﷺ قصد بنصِّه على كل واحد مِن المسمَّيات التنبيه على ما في معناه، وكان هذا مؤثِّرا فيها ومسقطا لاعتبار الأكل بمجرَّده؛ لأنَّ ذلك يوجب سقوط هذا التنبيه المستفاد مِن نُطقه، وقد ثبت أنَّ تنبيهه ﷺ على العلة مِن أبلغ ما يستدل به على صحَّتها.

وبمثل هذا التنبيه يستدل على أنه لم يُرد مجرَّد الكيل؛ لأنه لو أراد المكيل فقط لكان يكتفي في ذلك أنْ ينصَّ على واحد منها، إذ الكيل مساو في جميعها.

ووجه آخر: وهو أنه قال في بعض الأخبار: «حتى الملح»[1]، فجعله -عليه السلام- غاية لمَا حرُم التفاضل فيه، منبِّها به على أنَّ ما بينه وبين ما نصَّ عليه في حكمه.

وليس يخلو أنْ لو أراد مجرَّد الأكل أو الكيل والوزن [لجعله][2] غاية لأعلاه أو أدناه، وكلاهما باطل؛ لأنَّ الملح ليس بأعلى المأكولات ولا المكيلات، ولا بأدناها أيضًا، [لأنَّا][3] نجد ما هو أدْوَن منه مثل النَّوى وأشياء مِن الحشائش وغيرها.

ويصحُّ أنْ يحمل عليه ما نقوله نحن، وهو أنه:

---

(1) تقدم قريبا (ص: 24).

(2) في (ع): (جعله)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (لكنا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

لمَّا ذكر أعلى المقتات؛ وهو البُرُّ الذي يقوم به الإرفاق.

ووسطه؛ وهو التمر الذي تارة للقوت وتارة للحلاوة.

[وأدنى][1]؛ وقال: «حتى الملح»؛ الذي [عم][2] جميع أنواع الأقوات[3]، لأنه [مصلح][4] لها، وهو تبيعها.

نبَّه بذلك على أنَّ ما بين الأعلى والأدْوَن في حكمها.

وإذا كان الأمرُ كذلك؛ ثبت ما قلناه.

وهذه الطريقة مِن الاستدلال على صحة علَّتنا تنتظم أصحاب أبي حنيفة والشافعي. [و/ 233]

ثم نحن الآن نُفرد الكلام مع أصحاب أبي حنيفة في الوجوه التي ذكرناها.

فمِن الدليل على صحة علَّتنا:

أنَّ مِن قولنا أنَّ الطعم لابدَّ مِن مراعاته في العلة، وعندهم أنه غير مراعى، وقد ثبت وتقرَّر أنَّ الحكم إذا عُلق باسم مشتقٍّ مِن معنى؛ كان ذلك المعنى الذي منه اشتق الاسم علة فيه، يشهد له قوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟﴾ [النور: 2]، و﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38]؛ [لأنَّ][5] الحكم لمَّا عُلِّق في

(1) في (ع) ما صورته: (أدم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (هو)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) كذا في (ع).

(4) في (ع): (يصلح)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(5) في (ع): (أن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

الآيتين بالزنى والسرقة أفاد تعليقه بهما كونهما غاية فيه، وأنَّ الزاني يُجلد للزنى، والسارق إنما يقطع للسرقة، والمشرِك إنما يُقتل لشركه.

وإذا ثبت ذلك؛ وقد قال ﷺ: «لا تبيعوا الطعامَ بالطعام إلا مِثْلًا بِمْثل»[1]، ورُوي: «الطعامُ بالطعام مِثْلا بمِثْل»[2]، ورُوي أنه «نهى عن بيع الطعام إلا مِثْلا بمِثْل»[3]؛ وجب اعتبارُه في تحريم التفاضل.

فإنْ قالوا: ما رُوي أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إنما هو لفظ الراوي، وإنما أحال بها على جملةٍ تقدَّم تفصيلها، وهي قوله: «لا تبيعوا البُرَّ بالبُرِّ ولا الشَّعيرَ بالشَّعير» الحديث[4]، فعبَّر على ذلك بالاسم العام.

وإذا كان الأمر كذلك؛ فالواجب الرجوع إلى الأصل الذي أحال بهذا الإجمال عليه، وهو لفظه عليه السلام، وقد ثبت أنَّ اسم «البُرِّ» و«الشَّعير» ليس باشتقاق يمكن أنْ يُجعل علة للحكم؛ فلم يسلم لكم [التعلق][5] بالخبر.

فالجواب عن هذا مِن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنَّ الراوي إذا قال: «نهى رسول الله ﷺ عن كذا» نُزِّل أنَّ لفظ الرسول مطابقٌ لمَا رواه عنه، فإذا رُوي أنه «نهى عن بيع المُلامَسة

---

(1) قال ابن كثير في تحفة الطالب (ص: 382): «ليس هو في شيء من الكتب بهذه الصيغة، وأقرب ما رأيت إلى ذلك ما رواه مسلم عن معمر بن عبد الله» اهـ. وهو الحديث التالي.

(2) أخرجه مسلم (1592) من حديث معمر بن عبد الله.

(3) أصل هذا الحديث الحديث السابق، وإنما يذكره أكثر الفقهاء بالمعنى.

(4) أخرجه مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت.

(5) في (ع): (التعليق)، ولعل المثبت أنسب للسياق.

والمُنابَذة»[1] و«حَبَل الحَبَلة»[2] حمَلْناه على لفظه، كأنه قال: «لا تبيعوا هذه البيوع».

وكذلك لمَّا رُوي أنه ﷺ «نهى أنْ يَخطُب الرَّجلُ على خِطبة أخيه، أو يَسُومَ على سَوْم أخيه، أو تُنكح المرأةُ على عمَّتها أو خالتِها»[3]؛ نزَّلْناه منزلة قوله: «ولا يخطبن أحدكم، ولا يَسُوم على سَوْم أخيه، ولا تنكحن المرأة على عمَّتها أو خالتها»، ولا نعدل على ظاهره ونُحمِّله تأويلا يتعلق بدعوى لا يفيده الخبر إلا بدليل.

كذلك لمَّا رُوي أنه «نهى عن بيع الطعام بالطعام»؛ نزَّلناه كأنه قال: «ولا تبيعوا الطعامَ إلا مِثلا بمِثل».

وإذا كان الأمر كذلك؛ بطل ما ادَّعوه.

والوجه الثاني: أنَّ الراوي إذا غيَّر حديثَ رسول الله ﷺ بلفظه فليس له تغييرُ معناه، ولا نقلُه عن مقتضاه، ولا التعبير عنه إلا بالوجه الذي يُفهم مِن لفظه ﷺ لو أورده على وجهه، وفي حمل الخبر على ما تأوَّلوه إساءة خُلق بالراوي، وأنْ يكون نَقَلَ الحديث على غير وجهه، وأحال معناه إلى غيره، وذلك غير مُجَوَّز عليه.

والوجه الثالث: أنه قد رُوي عن النبي ﷺ نصًّا أنه قال: «الطعامُ بالطعام

(1) أخرجه البخاري (2146)، ومسلم (1511) من حديث أبي هريرة.

(2) أخرجه البخاري (2143)، ومسلم (1514) من حديث ابن عمر.

(3) أخرجه مسلم (1408) من حديث أبي هريرة.

مِثْلا بمِثْل»[1]؛ فسقط ما قالوه.

فإنْ قالوا: فقد قال في آخر الحديث: «كَيْلا بكَيْل»[2] فدلَّ على أنَّ الكيل معتبَرٌ فيه.

فعنه جوابان:

أحدهما: أنه اعتبر الكَيْل والتماثل الذي يُتخلص [به][3] من الربا، ونحن لا ننكر ذلك، وإنما كلامنا في المعنى الذي هو علة التحريم لا الذي يرتفع به.

والآخر: أنه ذكر في أول الخبر [و/234] الطعم، وفي آخره الكيل، وذلك يوجب اعتبارهما جميعا على الوجه الذي ذكرناه، وليس هذا مِن قولهم.

ولنا طريق إلى اعتبارهما جميعا على الوجه الذي ذكرناه، وليس لهم طريق إلى اعتبار الكيل على الوجه الذي يدَّعونه إلا بإسقاط اعتبار الطعم، وذلك ممَّا لا سبيل إليه.

فإنْ قالوا: إنَّ التعلُّق بالخبر لا يصحُّ على قولهم، وإنما يصحُّ على قول أصحابِ الشافعي؛ مِن قِبَل أنهم لا يجعلون مجرَّد الطعام علة تحريم التفاضل، وإنما يراعون أمورًا زائدة عليه، والخبر يفيد أنَّ الطعم وحدَه هو المعتبَر.

---

(1) أخرجه مسلم (1592) من حديث معمر بن عبد الله.

(2) رواه البيهقي في الكبرى (10541)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1739): «بسند صحيح».

(3) زيادة يقتضيها السياق.

فالجواب عنه مِن وجهين:

أحدهما: أنَّا نحن لم نزعم أنَّ الخبر نصٌّ صريح في علتنا، وإنْ راعَيْنا طعما على صفة، وهم لا يُراعونه على وجه، فإذا ثبتت مراعاته [و][1]وجوب اعتباره؛ فلا قول إلا قولنا.

والثاني: أنَّا نحن وأصحابُ الشافعي متساوون في التعلُّق بالخبر؛ لأنَّ كل واحدٍ منَّا راعى [وصفا][2] زائدا على مجرَّد الطعم.

ألا ترى أنَّا جميعا نُراعي الجنس، وننفرد نحن بزيادة الاقتيات والادِّخار.

وغير ممتنع أنْ ينبِّهَ صاحب الشرع على العلة بذِكْر وصفِها الجامع لها وإنْ كانت هناك أوصاف أُخر معتبرة إلا أنه جاز له حذفها لأنها كالتابعة إذ هي صفات لهذا الوصف والأولُ كأنه أَوْلى.

ومِن جهة الاعتبار؛ كان كل نوعٍ مِن المال جرى الربا في كثيره جرى في قليله؛ كالذهب والفضة.

ولهم على هذا أسْوِلة نذكرُها في الفصل الثاني لهذا.

وإذا وجب تساوي القليل والكثير؛ ثبت ما قلناه مِن أنَّ العلة الأكلُ على الصفة التي نراعيها لاتِّفاقنا على بطلان ما عداها؛ لأنَّ[3] كون العلة الكيل [لا يتَساوى][4] القليل والكثير.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (صنفا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (ولأن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (تساوى)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فأمَّا الكلام في الفصل الثاني؛ وهو تحريم التفاضل في قليل الحنطة والشعير والتمر ممَّا لا يتأتَّى عندهم كيله ولا وزنه؛ [كالكف][1] بالكفَّيْن، والتمرة بالتمرتين.

فالجواب -والذي يدل عليه الظاهر والخبر والنظر-:

فأمَّا الظاهر؛ فعموم قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275]، و«الربا» هو الفضل في أحد المَبيعين، وزيادة أحدهما على الآخر، وذلك موجود في الكفِّ بالكفَّيْن والتمرة بالثلاث تمرات.

فإنْ قالوا: إنَّ الزيادة المحرَّمة هي التفاضل في كيل أو وزن، وذلك يقتضي أنْ تكون المبيعات ممَّا يتأتَّى كيلهما أو وزنهما، وذلك غير موجود في الكفِّ بالكفَّيْن والتمرة بالتمرتين.

فالجواب: أنَّ الأمر على ما قالوه مِن أنَّ المراد تحريمُ فضلٍ في كيل أو وزن؛ إلا أنَّا نعلم لا محالة أنَّ الكفَّ بالكفَّيْن متفاضلان في المكيال؛ لأنَّ أحدَهما يأخذ منه أكثر ممَّا يأخذه الآخر، فالفضل متحقَّقٌ لا محالة.

فإنْ قالوا: إنَّ تحريمَكم ذلك ليس لأجل الفضل في الكيل، بدليل أنَّ الكفَّ بالكفَّين لا يجوز عندكم، وإنْ لم يكن هناك تفاضل.

قلنا: هذا لأنَّا لا نعلم التماثل؛ والتفاضل حينئذ [مجَوَّزٌ][2] متوهمٌ. وليس [التأثير][3] في المنع تحقُّق التفاضل فقط، وإنما هي عدم العلم

(1) في (ع): (فالكف)، والمثبت أليق بالسياق، وينظر: الإشراف (2/ 449).

(2) في (ع): (يجوز)، ولعل المثبت أنسب للسياق.

(3) في (ع): (التكثير)، ولعل المثبت أولى بالسياق.

بالتماثل؛ تَحقَّقَ التفاضلُ أو جُهل.

ويبيِّن ذلك: أنَّ مِن قولنا وقولهم منع بيع الصُّبْرة[1] بالصُّبْرة وإنْ لم يتحقق التفاضل لهذا المعنى -وهو عدم العلم بالتماثل-، فقام ذلك مقام تحقق التفاضل.

فإنْ قالوا: وصفُنا الشيءَ بأنه مكيل يتضمَّن أنه قَدْرٌ يتأتَّى كيلُه.

قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أنَّا لا نسلِّم [أن][2] هذا الوصف يرجع إلى جنسه، كما أنَّ وصفنا الخبز بأنه [و/ 235] مشبعٌ، والماء بأنه مروٍ يتناول القليلَ والكثير.

والآخر: أنَّ هذا مكيل، وتأتِّي كيله هو بأنْ ينضمَّ إليه أمثاله.

فإنْ قالوا: أول الآية حجَّة عليكم، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275].

قلنا: لا تعلق في ذلك؛ لأنه بما يعقبه مِن قوله: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: 275] مجمَلا أو مخصوصًا.

وإنْ قلنا على طريقة بعض أصحابنا: إنه يصير مجمَلا، فوجه ذلك أنَّ العامَّ إذا تعقَّبه خصوصٌ مبهَم عاد ذلك بإبهامه في نفسه، كقوله: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: 1]، لأنَّ هذا الخصوص لمَّا أبهِم عاد بإبهام العموم، كذلك: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275] لما خصَّ بقوله: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾

---

(1) الصبرة: الطعام المجتمع كالكومة. «مختار الصحاح» (صبر).

(2) زيادة يقتضيها السياق.

[البقرة: 275] وكان الربا هو الفضل -ولا تكاد البياعات تخلو مِن فضلٍ لأحد العِوضَيْن على الآخر- صار مِن هذا الوجه مجمَلا إذا كان ذلك الفضل مبهَما.

فأمَّا إذا كان معلوما أنه فضل في كيل أو وزن؛ فإنَّ أكثر البياعات تخلو مِن هذا، ولا تكون الآية مجملة.

قلنا نحن في جواب هذا:

نحن بين أمرين:

إمَّا أنَّا لا نسلِّم لكم ذلك، بل نقول: إنَّ الفضل عامٌّ في كل جنسه إلا ما استثناه الدليل، وهذا يحصل منه إجمال ظاهركم.

أو نسلِّمه ونقول: إنَّ الفضل هاهنا يتحقَّق ويتوهَّم.

فأمَّا تحقُّقه ففي الكفِّ بالكفَّيْن.

وأمَّا توهُّمه ففي الكفِّ بالكفِّ.

هذا على طريقة مَن رأى مِن أصحابنا أنَّ الظاهر مجمَل.

ودليل آخر: وهو قوله ﷺ: «لا تبيعوا البُرَّ بالبُرِّ ولا الشعيرَ بالشعير» إلى قوله: «إلا كَيْلا بكَيْل سواء بسواء»[1]، [فمنع][2] ذلك إلا بشرط؛ وهو التساوي في الكيل، فما لم يوجد؛ فيجب ألا يجوز.

---

(1) أخرجه مسلم (1987) بلفظ «مثلًا بمثل، سواء بسواء»، من حديث عبادة بن الصامت، وأحمد بلفظ «كيلا بكيل، وزنًا بوزن» من حديث أبي هريرة.

(2) في (ع): (فجميع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فقالوا على هذا: إنَّ العموم لا يدخل تحته إلا ما لو خُصَّ بالذِّكر وصُرِّح به ونُصَّ عليه لصَحَّ ولم يمتنع، والكفُّ بالكفَّيْن ليس ممَّا يتناوله الكيل فيستحيل أن يُنصَّ عليه، وكذلك الحبَّة بالحبَّتين، وإذا ثبت ذلك؛ امتنع دخوله تحت العموم.

فالجواب عن هذا: أنه لا يمتنع أنْ يكون الخبر عامًّا وآخره خاصًّا، وكأنه قال: «لا تبيعوا الحنطة بالحنطة» عمومًا، ثم قال: «إلا كَيْلا بكَيْل»، فجوَّز ذلك فيما يتأتَّى الكيل فيه، فيكون الاستثناء [بالإباحة][1] عائدا إلى الكثير دون القليل، ويكون القليل الذي لا يتأتَّى كيله باقيًا على المنع.

وذلك مثل قول القائل: «لا تضرب أحدا إلا أنْ يشتمك»، أنَّ قوله: «لا تضرب» عامٌّ فيمن يتأتَّى منه أنْ يشتم ومَن لا يتأتَّى منه كذلك، «إلا أن يشتمك» استثناء بعض مَن شمله العموم، ومَن لا يتأتَّى منه ذلك باقٍ تحت العموم.

والجواب الثاني: أنَّ الاستثناء عائد إلى الجميع، فكأنه قال: «لا تبيعوا الحنطة بالحنطة -قليلها وكثيرها- إلا مِثلا بمِثل كيلا بكيل»، إلا أنَّ كيلَها على ضربين:

منها ما يتأتَّى فيه على ما هو عليه، ومثله الكثير.

ومنه ما لا يمكن إلا بعد حصولها على صفة، وهي أنْ يضمَّ إليه أمثاله [ليتأتَّى][2] كيله.

---

(1) في (ع) ما صورته: (بالابحاجة)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (لا يتأتى)، والمثبت أليق بالسياق.

فيكون قوله: «إلا كيلا بكيل» يتضمَّن حصولها على الصفة التي يتأتَّى معها كيلها.

فأمَّا قولهم على هذا: «إنه يستحيل أنْ ينصَّ عليه فيقول: لا تبيعوا الكفَّ بالكفَّيْن إلا كيلا بكيل»؛ فغلط، لأنَّ ذلك صحيح لو نصَّ عليه، ويكون مفهومه: إلا بعد أنْ يحصل على صفة يتأتَّى كيله.

ومثل ذلك قوله ﷺ: «لا تُنكَح اليتيمةُ حتى تُستأمَر»[1] أنه عامٌّ في الصغيرة بنت يومها وفي الكبيرة، ثم لمَّا [لم][2] يكن لها إذنٌ حال الصغر؛ عُلِم [و/ 236] أنَّ معناه حتى تصير بصفةِ مَن يصح إذنها فتُستأذن.

فإنْ قالوا: لو جاز أنْ يقول: «لا تبيعوا الكفَّ بالكفَّيْن إلا كَيْلا بكَيْل» وإنْ كان لا يتأتَّى الكيل فيه، [لجاز][3] أنْ يقال: «لا تبيعوا الثوبَ بالثوب إلا كَيْلا بكَيْل» وإنْ كان الكيل لا يتأتَّى فيه.

قلنا: هذا غلط ممَّن يسأل عنه؛ لأنَّ الثوب يستحيل كيلُه على كل وجه؛ لأنه جنس لا يصحُّ فيه الكيل، والقليل مِن الحنطة يتأتَّى فيه على الصفة التي ذكرناها.

فإنْ قالوا: إذا ضُمَّ إليه أمثالُه خرج أنْ يكون قليلا.

---

(1) أخرجه الدارقطني (3545)، والبيهقي في الكبرى (13693) من حديث ابن عمر، وأخرجه أبو داود (2093)، والترمذي (1109)، والنسائي (3270) من حديث أبي هريرة بلفظ: «تستأمر اليتيمة في نفسها»، وقال الترمذي: «حديث حسن».

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ع): (فجاز)، والمثبت أليق بالسياق.

قلنا: كذلك هو، وليس في ذلك إلا أنه حصل على الصفة التي يتأَتَّى كيله إذا كان عليها.

والظاهر: إنما علق المنع بكونه حنطة، لا بقدر مخصوص منه مِن كثرةٍ أو قِلَّة.

وأمَّا مِن طريق النظر: فقد قيل: لأنَّ كل جنس حَرُمَ الرِّبا في كثيره حرم في قليله؛ أصله: الذهب والفضة.

فإنْ قالوا: لا فرق بينهما؛ لأنَّ القليل مِن الذهب والفضة لا يتأَتَّى وزنه، ولا ربا فيه.

قلنا: هذا يبطل مِن وجهين:

أحدهما: لا قدر منه إلا ويُعرف وزنه؛ فتحريره مِن الممكن وزنه.

والثاني: أنَّ الربا يتعلق بأعيان هذه المسمَّيات لا بمقاديرها.

وفي قولنا: «إنَّ الربا لا يتعلق في القليل»؛ إخراجٌ لتعلقه عن أنْ يكون تعيين الحال وإثباته في المقدار، وهذا يصلح أنْ يكون دليلا مقيَّدا.

ويبيِّن ذلك: أنَّ هذا المقدار الذي لا يتأَتَّى كيله ووزنه عندهم -وهو الكفُّ مِن الحنطة- لا يجوز بيعه بكفَّيْن إلى أجل، فقد عُلِّق الربا فيه بعينه لا بمقداره.

فإنْ قالوا: المعنى في الذهب والفضة أنَّ قليله موزون؛ فلذلك تَعلَّق الربا بجميعه، وليس كذلك الحنطة؛ لأنَّ قليلها ليس بمَكيل، فلذلك لم يتعلَّق الربا به.

قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أنه يتأتَّى كيله على ما ذكرناه.

والآخر: أنَّ موجب القياس يقتضي أنْ تجعلوا العلة فيه ما يستوي فيه حكم القليل والكثير، وإلا فقد علمنا أنكم تقولون: إنَّ اليسير لا يتأتَّى كيله.

واعلم أنَّ هذا القياس قد ذكروه قومٌ مِن أصحابنا ومَن وافقنا، وفيه نظر؛ لأنه ينقضُ أشياء مِن موجبات الأصول:

منها: أنه يجعل إثبات الربا في البُرِّ معلوما بالقياس دون النص، وليس ذلك بقَوْلٍ لأحد.

ومنها: أنه يوجب أنْ يكون بعضُه منصوصا عليه وبعضُه معلوما بالقياس، وذلك خلاف قولنا.

فوجب العدول عنه والاعتماد على إفساد مذاهب القوم على ما بدأنا به أولا.

وإذا ثبت ما ذكرناه [من][1] تَعلُّق الربا بالقليل والكثير؛ دلَّ ذلك على بطلان تعلقهم بالوزن والكيل.

والطريقة الثانية: أنْ ندلَّ على بطلان تعلقهم، ونبيِّن أنَّ الكيل والوزن لا يجوز أنْ يكونا علَّةَ تحريم التفاضل في المسمَّيات الأربعة.

والذي يدلُّ على ذلك: أنَّ العلة فرعٌ للأصل المنتزعة منه، فإذا عادت برفعه ومخالفته علم بذلك بطلانها؛ لأنَّا إنما نستخرج العلة لنردَّ ما سُكت

(1) زيادة يقتضيها السياق.

عنه إلى ما نُطق به، فأمَّا أن [نستخرج][1] علة ترفع الأصل الذي انتزعت منه؛ فلا، وهذه صفة علتهم؛ لأنَّ الأصل في تحريم التفاضل هو الخبر الوارد، وهو عامٌّ في قليل الحنطة وكثيرها، وكذلك في التمر وغيره، فإذا جعلوا العلة الفضل في كيلٍ أو موزون، أو أخرجوا القليل الذي لا يتأتَّى كيله ولا وزنه عن التحريم، والخبر متناولٌ له، [و/237] فعادت العلةُ بمخالفة أصلها المنتزعة منه، فدلَّ ذلك على بطلانها.

فإنْ قيل: ليس في هذا أكثر مِن [أن][2] الخبر مخصوص [بالقياس][3]، وذلك سائغ عندنا.

قلنا: لم نُنكر أنْ نخصَّ ظاهرا بقياس علة منتزعة مِن غيره، وإنما نمنع أنْ نخصَّ بقياس علة منتزعة منه؛ لأنه أصلها.

فإنْ قالوا: نحن نخصُّ الخبر بقياسٍ منتزعٍ مِن غيره، وذلك بأنْ نقول: لأنه غير مكيل ولا موزون، فلم يتعلق به حكم الربا؛ أصله: الثياب وسائر الأموال.

قلنا: هذه مغالطة ظاهرة؛ لأنَّا نحن لا نمنع أنْ يكون هاهنا مائة شيء [تُخصُّ][4] به الظواهر، وإنما أنكرنا عليكم أنكم انتزعتم علةً تعود بتخصيص

(1) في (ع): (استخرج)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ع): (القياس)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (تخوص)، والمثبت أليق بالسياق.

أصلها ومخالفته، وليس إذا وجدتم خبرا أو قياسا يخصُّ الخبر خرجَت علتُكم مِن أنْ تكون [عائدة][1] على أصلها بالتخصيص والمخالفة.

فإنْ قيل: هذا إنما يصلح لكم متى ثبت أنَّ الخبر يتناول بعمومه الكفَّ والكفَّيْن وقدر ما يتأتَّى كيله، ونحن نمنع ذلك.

قلنا: قد مضى الكلام في هذا بما يُغني عن ردِّه.

ودليلٌ آخر في بطلان علَّتهم: وهو أنَّ الكيل قد ثبت كونُه عَلَما على التحليل، بدليل قوله ﷺ: «إلا كَيْلا بكَيْل»[2].

والشيء الواحد إذا كان عَلَما [على][3] حُكْمٍ لا يجوز أنْ يكون عَلَما على ضدِّه؛ كالحيض لمَّا كان عَلَما على المنع مِن الصلاة لم يكن عَلَما على إباحتها، وكذلك القبض في الصَّرف لمَّا كان عَلَما على زوال الربا لم يجز أنْ يكون عَلَما على ثبوته.

وقد حرَّره أصحابُنا بأنْ قالوا: لأنَّ الكيل والوزن مَعنَيان يُتخلَّص بهما مِن الربا، فلم يجز أنْ يكون لمكانهما علة للربا؛ أصله: القبض في الصرف.

فإنْ قالوا: لسنا نقول إنَّ الكيل والوزن علَّةُ التحريم، ولكن العلة وجود فضلٍ في كيل أو وزن.

فالجواب: أنَّ هذا باطل؛ لاتفاقنا أنَّ علَّتنا وعلَّتَهم مستخرجةٌ غير

(1) في (ع): (غانية)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) تقدم تخريجه (ص: 34).

(3) زيادة من المعونة (2/ 959).

منصوصة، والفضل في الكيل أو الوزن منصوصٌ عليه لقوله ﷺ: «فمَن زاد أو استزاد فقد أَرْبى»[1]، لأنَّ قصدنا لجميع هذا أنْ يُطلب كون هذه الزيادة ربا ومنعها، فلا يجوز أنْ تكون هي علة بنفسها.

ويبيِّن ذلك: أنَّ التفاضل هو الممنوع، وخلافنا في علَّته، وعلة الحكم [هي][2] غير الحكم.

ودليل آخر: أنَّ الكيل والوزن [مَعنيان][3] وُضعا لتُعرَف بهما المقادير، فلم يجز أنْ يكونا علَّةً للربا؛ اعتبارًا بالذرع والعدد.

ودليل آخر: وهو أنَّ كل جنسٍ ثبت فيه الربا لعلة؛ فإنَّ اختلاف الصفات [عليه][4] مع بقاء عينه لا يغيِّر حُكمَه ولا يُخرجه عن علَّته؛ أصله: الذهب والفضة.

وبيان ذلك: أنَّ الدراهم والدنانير لمَّا كان الربا ثابتا فيهما لعلة الوزن عندهم، ولكونهما أصلًا للأثمان وقِيَما للمتلَفات عندنا؛ لم يَزُل حُكم الربا عنهما على أيِّ صفة كانا مِن تِبْر[5] أو نِقَار[6] أو سكَّة أو صياغة آنية أو حِلْيَة،

---

(1) أخرجه مسلم (1588) من حديث أبي هريرة.

(2) في (ع): (علته)، والمثبت أليق للسياق.

(3) في (ع): (متعينان)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (في)، والمثبت أليق للسياق.

(5) التِّبْر: الذهب والفضة قبل أن يُصاغا. وقد يُطلق على غيرهما من المعدنيات، إلَّا أنه بالذهب أكثر اختصاصًا. النهاية لابن الأثير (تبر).

(6) النِّقار: جمع نُقرة: القطعة المذابة من الذهب والفضة، وقبل الذوب هي تبر، وقيل: هو ما سبك مجتمعا منهما. تاج العروس (نقر).

فإنَّ الربا ثابت فيهما مع اختلاف حالاتهما بتلك العلة.

وإذا كان هذا؛ نَظَرْنا في الحِنطة إذا طُحنت أو خُبزت فقلنا:

لا تخلو مِن أحد أمرين:

إمَّا أنْ يكون الربا باقيا فيهما.

أو غير [باقٍ][1]:

فإذا كان باقيا؛ حصل منه أنَّ اختلاف الصفات عليهما قد نقلهما عن علتهما، وأوجب أنْ يعلَّل تحريم الربا فيهما بعلة أخرى، وذلك يُؤْذِن ببطلان العلة الأولى لمخالفتها أصولَ علل الربا كما ذكرناه [238/و] في الذهب والفضة.

فإنْ كان الربا زائلا عنها؛ حصل منه أنَّ اختلاف الصفات على الجنس الواحد فيه الربا [مسقِطٌ][2] الربا عنه، وذلك باطل أيضًا.

فإنْ قالوا: فالحنطة إذا طُحنت أو خُبزت لا تخرج عن أنْ تكون مَكيلة، وإنْ كان الدقيق لا يُكال على حاله، كما أنَّ الدنانير والدراهم إذا صِيغا حِلية أو آنية لم يخرجه عن أنْ يكونا نقدَيْن وأثمانا وقِيَما، وإنْ كان التعامل بهما لا يكون وهُما على تلك الحال.

فالجواب: أنَّ ما قالوه غير صحيح.

---

(1) في (ع): (باقيا)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (مسقوط)، ولعل المثبت أليق بالسياق، وعبارة المؤلف في الإشراف (2/ 450): «حصل في ذلك أن اختلاف الصفات على ما فيه الربا يغيِّر الحكم، وذلك خلاف الأصول».

ولأنَّ الحنطة -إذا طُحنت- بالدقيق ليس بمَكيل عندهم؛ لأنهم يمنعون بيعَه بالحنطة كَيْلا، ولو كان كَيْلا لعُرف مقداره بالكيل.

وكذلك فليس [هو][1] موزون على أصلهم؛ لأنه لو كان كذلك لجاز التفاضل بينه وبين الحنطة لاختلاف علتيهما [كجوازه][2] بين الذهب والفضة والحنطة، فلمَّا كانوا يمنعون ذلك ويزعمون أنَّ التفاضل فيما بينهما ربا؛ بطل ما قالوه.

فأمَّا الذهب والفضة فبخلاف ذلك؛ لأنَّا لسنا نريد بقولنا: «إنهما أثمان وقِيَم» أنهما على هذه الحال يتعامل بهما، وإنما نريد أنَّ جواهرهما يُتَّخذ منها ما يتعامل به أصولا للأثمان والقِيَم، وهما بعد الصياغة لا يخرجان عن إمكان ردِّهما إلى الصفة التي يتعامل بهما عليها.

بخلاف الحنطة؛ التي إذا طُحنت أو خُبزت لم يمكن ردُّها إلى الصفة التي توجد فيه علة الربا -وهي الكيل-، فبان الفصل منَّا ومنهم.

واستدلَّ أهل العراق:

بقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275]، و«الربا» [هو][3] الفضل بين الكيلَيْن أو الوزنين، وذلك يوجب منع كيلٍ مِن جِصٍّ أو نُورة[4] بكَيْلين.

(1) في (ع): (فهو)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (فجواز)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (فهو)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) النورة: بضم النون؛ حجر الكلس، ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره، وتستعمل لإزالة الشعر. المصباح المنير (نور).

فالجواب: أنَّ لنا منه مثل ما لهم، وهو أنه يوجب تحريم الكفِّ بالكفَّيْن مِن الحنطة لوجود الفضل في الكَيْل.

فإنْ قالوا: ليس ذلك بمَكِيل.

فالكلام قد مضى فيه بما يُغني عن إعادته.

قالوا: ولقوله ﷺ عقيب نصِّه على المسمَّيات بإثبات الربا فيها: «وكذلك ما يُكال أو يُوزن»[1]، وفي بعضها: «وكذلك المِكيال والميزان».

وفي حديث الذي استعملَه على خيبر فجاءه بشيء مِن تمر خيبر، فقال له: «أكُلُّ تمرِ خيبر هكذا؟» قال: لا [والله يا رسول الله، إنَّا لنأخذُ الصَّاعَ مِن هذا بالصَّاعَيْن، والصَّاعين بالثلاثة، فقال: «لا تَفعل][2]، بِعِ الجميع بالدراهم، واشتري بها[3]»، وقال في الميزان مثلَ ذلك[4].

فثبت بهذا أنَّ الكيل والوزن هما المعنيان المعلق بهما الربا لتنبيهه عليه.

فالجواب: أنَّ الذي رووه مِن قوله ﷺ: «وكذلك ما [يكال][5] أو يوزن» غير مشهور، ونحمله على أنه أراد أجناس المطعومات.

ثم لنا في الخبر مثل ما لهم، وذلك أنَّ القليل مِن الحنطة ممَّا يُكال، وكذلك التمر وغيره، فيجب دخوله تحت اللفظ.

---

(1) سيأتي قول المصنف: «غير مشهور».

(2) زيادة من الصحيحين.

(3) في الصحيحين: «ثم ابتَعْ بالدراهم جَنِيبا»، والجنيب: نوع جيد من التمر.

(4) أخرجه البخاري (2201)، ومسلم (1593) من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة.

(5) في (ع): (يؤكل)، والمثبت مما تقدم قريبا.

فإنْ قالوا: ليس ذلك بكيل.

فقد تكرَّرت هذه الدعوى، ودلَّلنا على فسادها.

ويبيِّن ذلك أيضًا:

أنَّ مَن قال لوكيله: «بع جميعَ أموالنا إلا المكيل»؛ فإنه لا يجوز لهذا بيعُ شيءٍ مِن الحنطة ممَّا يتأتَّى كيله، ولا ما لا يتأتَّى.

وكذلك لو قال تعالى عقيب قوله ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾: «إلا المكيلات»، لانتظم القليل والكثير، فبطل ما قالوه.

قالوا: ولأنَّ زيادة الكيل في الجنس يتعلق التحريم به؛ لأنه يوجد بوجوده ويرتفع بارتفاعه، فوجب أنْ يكون هو العلة؛ لأنَّ هذا أقوى ما يُستدل به على صحة العلل، وإذا ثبت ذلك، ووجدنا الصاع مِن الحنطة متى كانت هناك زيادة حَرُم، ومتى عُدمت الزيادة جاز؛ عُلم أنها هي العلة.

والجواب: أنَّ هذا مغالطة؛ [و/ 239] لأنَّ الزيادة في الكيل هي الربا المحرَّم الذي نحن متنازعون في علَّته، فيجب أنْ تكون غيرَه، وأنْ تُلتمس علة تحريم هذه الزيادة؛ لأنه حرَّم التفاضل وأباح التساوي، والتفاضل هو الحُكم الذي نتنازع في علَّته، وكيف يجوز أنْ يقال إنه هو العلة، وكيف يكون الحُكم علةَ نفسِه.

وجواب آخر: وهو اتفاقنا على أنَّ علة التفاضل مستثارةٌ غير منصوصٍ عليها، وأنَّ طريقها طريق الاستنباط والاستخراج، والزيادة في الكيل والوزن

منصوصٌ عليه لقوله ﷺ: «مَن زاد أو استزاد فقد أَرْبى»[1]، وإذا كان الأمر كذلك؛ بطل ما ادَّعوه.

وجواب آخر: وهو أنَّا قد اتَّفقنا على [أن][2] بيع الصُّبْرة بالصُّبْرة غير جائز، ففي هذا شيئان:

أحدهما: بطلان قولهم إنَّ الزيادة في الكيل يوجد التحريم مع وجوده وينتفي مع عدمه؛ لأنها هنا غير متحقق، والتحريم ثابت.

والآخر: أنهم يحتاجون إلى علة أخرى [لتحريم][3] بيع الصُّبرة بالصُّبرة، ولأنه إذا كانت العلة الزيادة في الكيل، وذلك غير معلوم في هذا الموضع؛ لم يمكن تحريمه إلا بمعنى آخر، وقد اتُّفق على أنَّ العلة واحدة.

قالوا: ولأنَّ علَّتنا منصوصٌ [عليها][4]، وهو قوله ﷺ: «إلا كَيْلا بكَيْل»[5]؛ فكان أَوْلى ممَّا لم ينصَّ عليه.

فالجواب: أنَّ هذا ليس بنصٍّ على أنَّ الكيل علة، وإنما هو إخبارٌ عن الوجه الذي منه يحصل التماثل المُبيح للبيع؛ على أنَّ هذا نصٌّ على أنَّ الكيل علةُ الإباحة، وكلامنا في علة التحريم.

قالوا: ولأنَّ الكيل له تأثير في الشرع في كثير مِن الأحكام، مثل قوله: «مَن

(1) أخرجه مسلم (1588) من حديث أبي هريرة.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ع): (تحريم)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (على علتنا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(5) تقدم تخريجه (ص: 38).

أَسْلَمَ فليُسلِم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلوم»[1].

ولأنَّ صحَّة البيع وفسادَه في الأصول تختلف باختلاف الكيل، ولا تختلف باختلاف الأكل؛ لأنَّ الكيل مِن الحنطة بمثله جائز وإنِ اختلفا في الطعم، فكانت إحداهما فيها مِن الأخرى أكثر ممَّا في الأخرى، وكذلك إذا كانت إحداهما مسوَّسة وعفِنة والأخرى سليمة، وإذا كان الأمر كذلك؛ وجب أنْ يكون الكيل هو المعتبَر.

فالجواب: أنَّ كل ما يُعتبر الكيل فيه مِن أصول الشرع إنما يعتبر في الإباحة لا في التحريم، ونحن لا نُنكر ذلك؛ لأنه طريقٌ لمعرفة المقادير والتماثل في المَبيعات، فأمَّا اختلاف الطعم فنحن نُراعي الاقتيات والادِّخار في ذلك الجنس، واختلاف طعمه يخرجه عن أنْ يكون جنسه مقتاتا مدَّخرا.

قالوا: ولأنَّ علَّتكم تبطل [ببيع][2] الحيوان بالحيوان؛ لأنه جنس مقتات مدَّخر يجوز بيع بعضِه ببعض متفاضلا.

فالجواب: أنَّ الحيوان ليس بمأكول وهو حيوان، ألا ترى أنَّ أكلَه محرَّم وهو على حال الحياة، وإنما يصير مأكولا إذا كان ذَكيا.

فإنْ قيل: وقوف جواز أكله على الذبح لا يُخرجه عن أنْ يكون جنسا مأكولا؛ كالجوز واللوز هما مأكولان وإنْ كان أكلهما لا يتأتَّى إلا بكسرهما

(1) أخرجه البخاري (2239) ومسلم (1604) من حديث ابن عباس، وفيه: (أسلف) بدل (أسلم)، وهو هو وزنا ومعنى، والسلم لغة أهل العراق، والسلف لغة أهل الحجاز.

(2) في (ع): (بيع)، والمثبت أليق بالسياق.

وتقشيرهما.

قلنا: ليس كذلك؛ لأنَّ الجوز واللوز هما مأكولان في الحال، وكونهما في القشر يجري مَجرى كونهما في صندوق، فنحتاج إلى كسرهما ليتوصَّل إلى المأكول منهما كفتح الصندوق عنهما، والحيوان بخلاف ذلك؛ لأنه -وهو حيوان- ليس بمأكول على وجهٍ.

يبيِّن ذلك: أنَّ أكله على ما هو عليه محرَّم، وإنما يوصف بأنه مأكول على تأويل أنه إذا خرج عن كونه حيوانا وصار ميتا على وجهٍ كان مأكولا.

فإنْ قيل: أفَلَستم رددتم علينا قولَنا في قليل الحنطة أنه ليس بمَكِيل بأنْ قلتم: «إنه مَكيل، لكن إذا ضُمَّ إلى أمثاله»، فسمَّيتموه [و/240] في الحال مَكيلا، وإنْ كان لا يتأتَّى كيله على ما هو عليه؟ فهل قلتم في الحيوان: «إنه مأكول، ولكن يحتاج في أكله إلى ذكاة»، وإنْ كان أكله لا يتأتَّى وهو على ما هو عليه؟

قلنا: فرق بيننا وبينكم، وذلك أنَّ القليل مِن الحنطة إذا ضُمَّ إليه أمثالُه لم يخرج عن أنْ يكون حنطة ولا انقلب عن جنسه، وإنما صار على صفةٍ يمكن كيلُه عليها ذلك الجنس بعينه.

وليس الحيوان كذلك؛ لأنه إذا ذُكي صار جنسا آخر، وحكمه ما دام حيوانا حُكم القَصِيل[1] الذي نَصِفُه بأنه مأكول إذا انقلب عينه إلى أنْ يصير حَبًّا، وإذا كان الأمر على ما وصفنا؛ بطل ما قالوه.

قالوا: ولأنَّ الكيل بُني على تساوي المقدار كما أنَّ الجنس بُني على

(1) «القصيل»: الشعير يجز أخضر لعلف الدواب. [المصباح المنير (ق ص ل)]

تماثل الأوصاف، ثم قد تبيَّن أنَّ الجنس أحدُ وصفي علةِ الربا؛ فيجب أنْ يكون كذلك الكيل.

فعن هذا أجوبة:

أحدها: أنَّ الجنس قد تختلف أوصافه، بدليل أنه لو أَسْلَم في كُرٍّ[1] حنطةٍ أو تمر وأطلق؛ لم يَجز حتى يصف نوعَه.

والذي ينبني عن مماثلة القدر هو فعل الكيل، وذلك ليس هو العلة عندهم؛ لأنَّ العلة عندهم كونُ الجنس مَكيلا، دون الكيل، وهذا لا ينبني عن مماثلة.

والثاني: أنَّ كون الكيل مبنيا على المقدار هو المانع مِن كونه علة في الربا؛ لأنَّ ما وُضع لمعرفة المقادير لا يؤثِّر في منع التفاضل؛ كالذرع والعدد، وقد ذكرناه.

والثالث: أنَّا لا نسلِّم لهم أنَّ الجنس أحدُ وصفي علة الربا؛ لأنَّ العلة عندنا الاقتياتُ والادِّخار فقط، ولكن لا يحرم ذلك إلا في الجنس منه، وإنْ لم يكن الجنس علة.

وهذه مسألة خلاف بين أهل النظر والأصوليين، وسنفردُ الكلام فيها بعد الفراغ مِن مسألتنا، إنْ شاء الله.

---

(1) الكُرّ: كيل معروف، والجمع أكرار، وهو ستون قَفيزا، والقفيز: ثمانية مكاكيك، والمكّوك: صاع ونصف. قال الأزهري: فالكُرّ على هذا الحساب اثنا عشر وَسقًا، وكلُّ وَسْق ستُّون صاعًا. النهاية لابن الأثير، المصباح المنير (كرر).

قالوا: ويدلُّ على فساد اعتلالكم أنه يؤدِّي إلى أنْ يَحرم في الفرع ما لا يَحرم في أصله المنصوص عليه، وذلك يُؤذِن ببطلان العلة؛ لأنَّ مِن شأن الفرع أنْ يوافق حكم الأصل.

يبيِّن ذلك: أنَّ المحرَّم في الربا هو الفضل في كيلٍ أو وزن، وهذا يوجب أنْ يكون ما يحرُم التفاضل فيه جنسا مكيلا أو موزونا ليتصوَّر فضل الكيل والوزن فيه، ومتى حرَّمتم البيضة بالبيضتين فقد أثبتم ربا ليس بفضل في كيل ولا وزن، وذلك خلاف حكم الأصل، وذلك كإثبات الربا وإنْ لم تكن مَكيلة ولا موزونة.

وعن هذا أجوبة:

أحدها: أنَّا لسنا نسلِّم ما ادَّعوه مِن أنَّ الربا المحرَّم هو التفاضل في كيل أو وزن فقط، لكن المحرَّم عندنا الجهل بالتماثل، وإنْ لم نعلم هناك تفاضلا، ولذلك منعنا بيع الصُّبرة بالصُّبرة، ولم يكن هناك تفاضل؛ لأنَّ التماثل غيرُ معلوم فيهما.

ثم قد يكون ذلك بأنْ تكون على حالٍ نعلم عدمَ التماثل، وهذا إذا عرفنا التفاضلَ في الكيل والوزن، وقد يكون في حالٍ يتعذَّر معرفته؛ كالصُّبرة بالصُّبرة.

والثاني: أنَّ الكيل والوزن إنما نصَّ عليهم تنبيها على اعتبار التماثل لا أنَّ الربا مقصورٌ على المَكيل والمَوزون، ونحن نعلم أنَّ البيضة غيرُ

[مساوية][1] للثلاث بيضات، ونتحقَّق عدم التماثل، فَما قالوه مِن قَصر ذلك على ما يُكال أو يوزن غير مسلَّم.

والثالث: أنَّ هذه الطريقة تُبطل الاعتلال بالكيل؛ لمنعهم بيع الدقيق بالحنطة، وليس يخلو الدقيق أنْ يكون مَكيلا أو غير مَكيل:

فلو كان مَكيلا عندهم؛ [و/241] لأجازوا بيعَ الكَيل منه بكَيل مِن حنطة كالكيلين مِن الحنطة أحدهما بالآخر.

وإنْ كان غير مَكيل؛ كان أَوْلى بالجواز، لأنَّ بيع الموزون بالمَكيل جائز.

وقولهم على هذا: «إنَّ الدقيق كان قبل تغيُّر صفته مَكيلا، فقد وُصف بأنه مكيل في حال، والبيض لم يكن قَطُّ مَكيلا» لا معنى له؛ لأنَّ الدقيق لم يكن قَطُّ مَكيلا، وإنما كانت الحنطة مَكيلة، فلمَّا صار دقيقا خرج عن أنْ يكون حنطة، ولو جاز هذا لجاز أنْ تسمَّى الحنطة حشيشا وعَلَفا؛ لأنها قد كانت كذلك في بعض الأحوال، وهذا فاسد.

ثم إنَّ هذا على أصولهم إلزامٌ لمنعهم مِن كون الكفِّ مِن الحنطة مَكيلا.

قالوا: ولأنَّا وجدنا الاقتيات يختلف باختلاف عادات الناس في أماكنهم، ففي بعض البلاد يقتات ما لا يقتات في غيرها، ولا يؤكل أصلا إلا على ضربٍ مِن الندور لا اعتبار به، كاقتيات كثيرٍ مِن أهل الجبال البَلُّوط، [و][2]كاقتيات أهل البوادي عند الجَدْب الحنظلَ وضروبا مِن النبات، وفي

---

(1) في (ع): (متساوية)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

ذلك ما يوجب ثبات الربا في بعض الأماكن ونفيَه في غيره، وفي حالٍ دون حال، وعلى قومٍ دون قوم، وفي هذا ما دلَّ على فساد اعتباره.

وهذا غير لازم؛ لأنَّ اعتبارنا هو بالغالب العامِّ دون النادر الشاذ:

كالبُرِّ؛ الذي هو قوتٌ لكافة أهل البلاد في كل إقليم.

وكذلك الشَّعير؛ عند عزَّة البُرِّ وقلَّتِه.

فأمَّا البَلُّوط واللفت والقصيل وغير ذلك؛ فإنِ اختصَّ به قومٌ -سكنوا بحيث لا يجدون البُرَّ ولا يقدرون عليه، أو طاب لهم لاعتيادهم خشونةَ العيش ما لا [يشركهم][1] فيه العامَّة والجمهور والجَمُّ الغَفير- فلا اعتبار بهم فيه، كما لا اعتبار بما يُحكى عن الزنج مِن بلادهم أنهم يتَّخذون اللباس مِن الحشيش وضُروبٍ مِن النبات دون الثياب في أنَّ الكسوة لا يُحتاج إليها، فنُبطِل إلزامهم.

وكذلك اقتيات بعض العرب الحنظل؛ لأنَّ الحنظل ليس مِن أصناف المأكولات على وجه؛ فلا اعتبار به، كما لو أكل إنسان اللفت واللبن[2] لشدَّة جوعٍ أو جَدْب لم يكن به اعتبار.

وعلى أنَّ هذا السؤال عائدٌ عليهم في الكيل والوزن لاختلاف العادات فيه والبلاد:

كالتمر والرُّطب؛ الذَيْن عادةُ أهل البصرة وأعمالِها كيلهما، والعادة عندنا ببغداد فيهما الوزن دون الكيل.

---

(1) في (ع): (يشتركهم)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) كذا في (ع)، ولعل فيه تصحيفا، والمراد: البصل أو الفجل وغيره مما لا يؤكل مفردا عادة.

والبِطِّيخ؛ الذي عادتنا ببغداد بيعه جزافا، وفي النادر أنْ يُباع منه عددا، ورأيناهم بالجزيرة ومواضع مِن الشام يبيعونه وزنا.

وكذلك المشمش؛ عندنا يُباع وزنا، ورأيته في عدَّةٍ مِن البلاد يباع عددا.

فإنْ فصلوا بين ذلك بالغالب والمعتاد؛ عرفوا أنه فَصْلُنا فيما سألوا عنه.

وكنَّا أعذر بأنَّ هذا الذي ذكرناه مِن اختلاف الكيل والوزن [لعلَّه][1] أنْ يتساوى في [الوجود][2]، وما ذكروه طريقه الندور والشذوذ.

قالوا: ولأنَّ علتكم تبطل ببيع العَرَايا؛ لأنكم أَجَزْتم بيعا جزافا مِن غير كيل.

فالجواب: أنَّ هذا غلط؛ لأنَّا ما أجزناه إلا بمماثلة قدَّرتها الشريعة في مثلها؛ وهي الخَرْص، كما قدَّرَته في غيرها بالكيل؛ حتى لو بيعت بغير الخَرْص -الذي هو طريق المماثلة فيها- لبطل البيع ولم يصح.

فإنْ قيل: ليس الخَرْص بطريق المماثلة؛ لأنَّ ما كان كذلك لم يختلف باختلاف المقادير [و/242] الممكن فيها كالكيل والوزن، فلمَّا ثبت أنَّ الخرص ليس بطريق المماثلة [فيما][3] زاد على الخمسة الأوسق؛ فكذلك فيما دونها.

قلنا: هذا كلامٌ في مسألة أخرى، وهو هل الخَرْص طريقٌ للمماثلة أو ليس

(1) في (ع): (لعلة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (الوجوب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (فما)، والمثبت أليق بالسياق.

بطريق لها؟ وليس مِن مسألتنا، [ولا ممَّا][1] يتعلق بسؤالكم، لأنَّ الذي يلزم بحقِّ النظر أنكم لمَّا زعمتم مِن قولنا: «إجازة بيع مقتاتٍ بمثله» مِن غير مماثلة، أريناكم بطلان دعواكم أنَّا لم نُجز ذلك.

ثم الكلام فيما سألتم عنه يأتي في موضعه، إنْ شاء الله.

فصل: فأمَّا الكلام في ترجيح علتنا؛ فإنه ينتظم الكلامُ مع أبي حنيفة والشافعي، وذلك ممكن لنا مِن وجوه:

أحدها: أنَّ علتنا يتعلق تأثيرُها بكل واحدٍ مِن المنصوص عليه؛ لأنه لو لم نذكره لم يُستفد تعلق الربا بنوعه، وليس كذلك علل مخالفينا؛ لأنهم يستفيدونها بواحدٍ ممَّا نصَّ عليه، وذكر الباقي على سبيل التأكيد.

يبيِّن ذلك: [أن][2] العلة إذا كانت الكيلَ عند أبي حنيفة، وأنَّ ذلك في الحنطة والشعير والتمر واحد؛ فليس يفيد نصه على سائرها إلا ما أغنى عنه نصه على واحدها.

وكذلك الطعم عند الشافعي؛ لأنه إذا كان على حدٍّ واحدٍ لا يختلف باختلاف صفاته، ولا يراعي معنى زائدًا عليه، وكان مِن مذهبه أنَّ قوله ﷺ: «الطعام بالطعام»[3] يتناول السَّقَمُونيا والطين الأَرْمونيا[4] كتناوله للحنطة

---

(1) في (ع): (ولأنما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) أخرجه مسلم (1592) من حديث معمر بن عبد الله.

(4) كذا في (ع)، وقال الجويني: الطين الأرمني مطعوم دواءً، فهو مال ربا. اهـ وإِرْمِينِية، بالكسر: كُورة =

والتمر على حدٍّ واحدٍ كافيًا في ذلك.

وعلتنا بخلاف هذا؛ لأنه نبَّه بكل واحدٍ ممَّا نصَّ عليه على ما في بابه، حتى لم يبق شيء مِن أنواع الاقتيات وما يصلحه يَخرج عنه.

وإذا ثبت ذلك؛ كان ما ذكرناه ممَّا تمسُّ الحاجة إليه أَوْلى مِن حمله على التأكيد.

وترجيح ثانٍ على أبي حنيفة: وهو أنَّ علتنا تستوعب النصَّ، ولا تعود لمخالفته، فكانت أَوْلى مِن علتهم التي تعود بتخصيصه ومخالفته.

وترجيح ثالث: وهو أنَّ علتنا معنى ثابت في الأشياء المعللة لا يتوهَّم زواله عنه، وهو كونه مقتاتا مدَّخرا أو مصلِحا للقوت؛ لأنه لا يتوهَّم كونه ممَّا لا يتأتَّى أكله واقتياته، وليس كذلك الكيل والوزن؛ لأنه ليس بمعنى في المنصوص بل هو أمر مصطلح على فعله فيه، فكانت علتنا أقربَ إلى العلل العقلية؛ فكانت أَوْلى.

وترجيح رابع: وهو أنَّا وجدنا نظيرا لعلَّتِهم مشاركا لها في الغرض المطلوب والبُغية المقصودة بها ولا يتعلق حُكم الربا به، وذلك أنَّ الكيل والوزن وُضعا ليُعرف بهما مقادير المَكيلات والمَوزونات؛ فكانا كالذرع والعدد، وليس مثل ذلك في علتنا، فوجب أنْ يكون ما نظيره ولا يتعلق به

بناحية الرُّوم، والنِّسبة إليها أَرْمَنِيّ، بفتح الهمزة والميم. وقيل بكسرهما. وقيل: بكسر الهمزة وفتح الميم. لسان العرب (13/ 187)، نهاية المطلب (5/ 66).

حكم الربا أنْ يكون الأشبه به أنْ يكون حكمه حكم نظيره[1]، فكانت علتنا أَوْلى لسلامتها مِن هذا الاعتراض.

وترجيح خامس: وهو أنَّا وجدنا تحريمَ الربا إنما يُشرع حراسةً للأموال وحفظا لها واعتمادا لمصالح الناس وانتفاء الضرر عنهم؛ فوجب أنْ يكون ذلك فيما تمسُّ الحاجة إليه مِن المأكولات، وهو الأقوات التي بها تقوم الأجساد وتحيى النفوس [و/243]، وبعَدَمِها أو تعذُّرِها يستضرُّ الناس، دون ما لا تمسُّ الحاجة إليه ولا يستضرُّون بعدَمِه ممَّا يؤكل [رطبا][2] كالبقول والخضر و[التِّين][3] وما أشبه ذلك.

ولهذا الذي قلنا شاهد مِن الأصول؛ وهو الزكاة وتعلُّقها ممَّا أنبتت الأرض مِن الأقوات دون غيرها؛ لأنَّ الغرض بها مواساة الفقراء وسدُّ خلَّتهم، كذلك لمَّا كان الغرض بالربا إزالةَ الضرر على الناس؛ وجب أنْ يتعلَّق بما تمسُّ الحاجة إليه وتدعو الضرورة إلى تناوله غالبا.

فثبت بما قلناه ترجيح علَّتنا على علَّتهم بشهادة الأصول لها.

وترجيح سادس: وهو أنه ﷺ لمَّا نصَّ على الذهب والفضة، وهما أعلى[4] ما في بابهما؛ لأنَّ الضرورة داعيةٌ إليهما، إذ هما أصول الأثمان؛ وجب

(1) عبارة المؤلف في الإشراف (2/ 450): «ولأن نظير علتهم في الأصول لا تؤثر في الربا، وهو الذرع والعدد، فإنهما يرادان ليعرف بهما مقدار الأشياء كما يراد الكيل والوزن لذلك، ثم ثبت أنهما لا يجوز أن يكونا علة في الربا، فالأشبه أن يكون كذلك الكيل والوزن».

(2) في (ع): (بطرا)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (الطين)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في الإشراف للمصنف: (أغلى).

أنْ يتعلَّق الربا في النوع الآخر بأعلى ما في بابه؛ وهو القوت دون غيره.

وبالله التوفيق.

فصل:

وقال أصحاب الشافعي: ما أنكرتم مِن بطلان علتكم أنَّ الحكم [مهما][1] استقلَّ بوصفٍ واحد لم يَجز ضمُّ وصفٍ آخر إليه، ومتى عللنا بالطعم في الجنس؛ [فتلك][2] علة مستمرة، ولا ناقض لها، ولا مانع لجريها، فلا معنى لضمٍّ وصف آخر إليها.

فالجواب: أنَّ الأمر على ما قالوه مِن استقلال العلة بوصف يمنع مِن زيادة وصفٍ آخر عليها، ولكن ذلك في العلة المدلول عليها أنها تستقلُّ بذلك الوصف دون ما يرجع فيه إلى دعوى المعلِّل.

فإنْ أقاموا دليلا على أنَّ اعتبار الطعم [بمجرَّده][3] في الجنس كافٍ في تعليق تحريم التفاضل به؛ نظرنا فيه، وإلا فالاستقلال غير مقبول دعواه منهم.

فإنْ قالوا: يدل عليه أنه لا مانع يمنع مِن تعلق الحكم بمجرَّد الطعم ويضطر إلى اعتبار وصف آخر زائدٍ عليه، ولا نقصَ يدخل على الاعتلال بذلك؛ فأوجب القول بصحَّتها.

---

(1) في (ع): (مما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (فلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (بمجرد)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

قلنا بإزائه: إنه لا مانع يمنع مِن الاعتلال بها؛ إنه لا دليل يدلُّ على صحتها ووجوب تعلق الحكم بها، وفَقْدُ الدليل على صحة العلة أحد ما يُستدلُّ بها على فسادها، وليس فَقْدُ ما يوجب فسادها موجبا لصحَّتها؛ لأنَّ صحَّتها يجب أنْ تُعلم مِن طريقه، وليس بموقوفٍ على ما يفسدها.

ويقال لهم: بِمَ تنفصلون عمَّن علَّل بأنه جنسٌ منتفع به، وسَلك معكم هذه الطريق فقال: إنَّ هذه العلةَ تجري في فروعها وتنسحب في معلولاتها مِن غير شيء يردُّها ولا مانعٍ يمنع الاعتلال بها؟

وقد قدَّمنا مِن الأدلة على وجوب اعتبار [القوت][1] وترجيحه ما يمنع قولَكم.

فأمَّا جريُها؛ فلا اعتبار به، لأنَّ الاعتبار بأنْ تجرِ[2] حيث دلَّت الدلالة عليها، لا حيث يُجريها واضعها بأن يضع [3] عِلَّةً مُدَّعَاة، ويستدل على صحَّتها بأنْ [يقول][4]: «إني أجريها كما أُجرِ[5] ناقضا»، فهذا غلط ظاهر؛ لأنَّ جريها في معلولاتها ليس فيه أكثرُ مِن كونها جامعةً لفروعها، وهذا يرجع إلى دعوى المعلل، فيصير بذلك جامعا بين دعوتين.

ولأنَّ جري العلة في الفروع إنما يُعتبر بعد ثبوت كونها علة، ألا ترى أنَّ مَن

---

(1) في (ع): (الوقت)، والمثبت ألق بالسياق.

(2) كذا في (ع).

(3) في (ع): (فأن أن نضع العلة علة) ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (أقول)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(5) كذا في (ع).

استخرج مِن أصلٍ علةً لزمه أولا أنْ يدلَّ على صحتها ووجودها في المنصوص [و/ 244] عليه أو المستخرج منه، ثم يردَّ إليها غيرها.

فأمّا أنْ يستدلَّ عليها بما لا يثبت إلا بعد ثبوتها [أو][1] ما هو مشروط بها؛ فذلك تصحيح الأصل بفرعه، وجعل الشيء شرطا لمَا هو شرط له، وذلك باطل.

ولأنَّ التنازع في وجوبها كالتنازع في كونها علة؛ لأنَّا إذا منعنا أنْ تكون العلة في البُرِّ كونه مطعوما منَعْنا أنْ يكون في التفاح والبِطِّيخ الربا، فلم يثبت لهم جَرْيُها.

ولأنَّ مُجرِيها إذا سُئل فقيل له: لِمَ أجريتَها في جميع ما وُجدت فيه؟ لكان مرجعه إلى أنْ يقول: لأنها علةُ الحُكم، فإذا قيل: لِمَ كانت علةَ الحكم؟ قال: لأنها تجري في جميع معلولاتها؛ وذلك ظاهر الفساد.

ولا معنى لقولهم: إنها لو لم تكن صحيحةً لانتقضت؛ لأنه ليس لا طريق إلى إفسادها إلا نقضها.

ولأنه إذا لم يقم دليلٌ على صحَّتها فلا معنى لنقضها.

سؤال آخر: قالوا: وعلتنا أَوْلى؛ لأنها ذات وصف واحدٍ فهي أبعد مِن النقض، وعلتكم ذات أوصاف، والعلة ذات الوصف الواحد أَوْلى؛ لأنَّ قلة الأوصاف يُقرِّبها مِن العلل العقلية.

قلنا: هذه الطريقة مختلَفٌ في الترجيح بها بين أهل النظر، فمنهم مَن يقول

---

(1) في (ع): (و)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

هذا، ومنهم مَن يقول: إنَّ ذات الأوصاف أَوْلى لكونها أكثرَ شَبَها بالأصل[1].

وعلى أنَّ زيادة الأوصاف في علتنا يقتضي ترجيحها على علتهم مِن وجه صحيح؛ وهو أنَّ وصف علتنا -الذي هو قطبها- هو القوت، وهو أخصُّ أوصاف البُرِّ؛ لأنه لا وصف له أخص مِن كونه قوتا؛ لأنَّ ذلك هو الغرض العامُّ الذي له يُراد ولأجله يتَّخذ.

وليس لَيَخص مَن وَصَف له: كونه مطعوما؛ لأنَّ ذلك يشركه فيه السَّقَمُونيا وكل ما ليس مِن جنسه، ولا يُراد لمَا يُراد له ولا يسدُّ مسدَّه.

وإذا كان الأمر كذلك؛ كان التعليل بوصف الأصل الأخص أَوْلى مِن تعليله بوصف عامٍّ يُشركه فيه كل شيء.

قالوا: ولأنَّ علَّتَنا أعم؛ لأنَّ كل مقتاتٍ مطعوم وليس كل مطعومٍ مقتات، فكانت علتكم داخلةً في علتنا، شاملةً لها، وزائدةً عليها، فوجب أنْ تكون أَوْلى؛ كالخبرين.

فالجواب: أنَّ هذا لا معنى له؛ لأنَّ عموم العلة بحسب ما يضعه الواضع، فإنْ وضعها مطلَقة عمَّت، وإنْ وضعَها مقيَّدةً قلَّ عمومها، وفِعل المعلِّل لا يقع به ترجيح.

ولأنَّ ذلك اعتبارا بكثرة فروعها، وكثرة الفروع وقلتها لا تُرجَّح به العلة.

وتُفارق الخبرين؛ لأنَّ ذلك يُسنَد إلى قول صاحب الشرع، فليس بمعنى مدَّعى، وبالله التوفيق.

---

(1) ينظر: البرهان (2/ 243)، وكشف الأسرار (4/ 103).

فصل:

في قولنا: إنَّ العلة في تحريم التفاضل في المسمَّيات الأربعة أنها مقتاتة الجنس، هل الجنس مِن أوصاف العلة أو مِن أوصاف المحكوم فيه؟

اعلم أنَّ متقدِّمي أصحابنا ومتأخِّريهم ممَّن صنف الخلاف [وشيوخنا][1] الذين أدركناهم وأخذنا عنهم كانوا مجمعين على أنَّ علة تحريم التفاضل في البُرِّ وما ذُكر معه: الاقتياتُ والادِّخار مع الجنس، ومتَّفِقِين على أنَّ الجنس وصفٌ مِن أوصاف العلة؛ كالاقتيات.

وكذلك كان متقدِّمو [و/ 245] أصحاب أبي حنيفة والشافعي -على ممرِّ الأعصار وإلى هذا الوقت- يعللون بالكيل والطعم مع الجنس، فهم موافقون لأصحابنا في أنَّ الجنس أحدُ وصفي علة الربا.

وخالف قومٌ مِن أهل هذا العصر مِن أهل المذهَبَيْن جميعا في ذلك.

[فمِن][2] أصحاب الشافعي مَن قال:

«العلة هي الطعم بمجرَّده دون الجنس».

قال: «ولكن الجنس مِن شرطه».

فكأنما يقول: العلة؛ الطعم مِن الجنس.

سمعت القاضي ابن كَجٍّ الشافعي[3] بالدِّينَوَر يقول هذا ويذهب إليه.

---

(1) في (ع): (وشرحتا)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (ومن)، والمثبت من المجموع للنووي (10/ 93) نقلا عن المصنف.

(3) هو: أبو القاسم يوسف بن أحمد بن كَجٍّ الدينَوَري؛ كان أحد أئمة الشافعية، وكان يُضرب به المثل =

[وقال][1] بعض متأخِّري أهل العراق بعد أنْ ذكر أنَّ مذهب متقدِّمي شيوخه أنَّ الجنس أحدُ وصفي التفاضل -على ما حكيناه نحن عنهم وعن أصحابنا-، وقال:

«والذي عندنا في ذلك: أنَّ الجنس هو العلة في تحريم التفاضل، والصفة المضمومة إليه هي شرط في كونها علة».

قال: «وتحرير العبارة عن ذلك: أنها الجنسُ؛ إذا كان في [مكيل][2] أو موزون أو مطعوم أو مقتات أو [ثمن][3]، نريد: على سائر المذاهب».

وحكى عن بعض أصحابهم أنه كان يقول:

«العلة هي الكيل، والجنس شرط فيه».

وهذا يشبه المذهب الذي حكيناه أنه قد أُحدث في هذا العصر، بل هو هو.

ونقول نحن -والله ولي التوفيق-:

إنه ليس عن مالك ولا عمَّن عاصره مِن أصحابه في ذلك شيء يتحرَّر، ولم يدقِّقوا في النظر ولا تعلَّقوا فيه إلى هذا التضييق[4].

ولا بَعُد أنْ يقال على مذاهبهم:

في حفظ المذهب، وهو صاحب وجه فيه، تولى القضاء ببلده، وصنف كتبا كثيرة، مات مقتولا سنة خمس وأربع مائة، سير أعلام النبلاء (17/ 183)، وفيات الأعيان (7/ 65).

(1) في (ع): (فقال)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (مكول)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (ثمر)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في المجموع للنووي (10/ 93) زيادة: «والتحقيق».

إنَّ العلة في التحريم التفاضلُ في البُرِّ وما ذُكر معه مجرَّد الاقتيات وما يُصلحه، على حسب العبارات التي اختارها أصحابنا.

وإنَّ الجنس ليس مِن أوصاف العلة، ولكنه شرطٌ فيها.

وليس هذا بخلاف لمَا حكيناه عن أصحابنا في ذلك في مذهب أو أمر يعود بإباحة التفاضل في بعض ما منعوه، أو منعه في بعض ما أباحوه، ولكنه كلام في الأصول وكيفية نَصْب العلل ووضعها، والفرق بين صفاتها وشروطها.

ورأيت كلامَ محمد بنِ أبي زيد في «كتابه الكبير» يدلُّ على هذه الطريقة، وذلك أنه قال بعد كلام له: «فألْحَقَ العلماء ما لم يسمَّ مِن قوت أو إدام بما سمَّاه ممَّا أشبهها في تحريم التفاضل في الجنس الواحد مِن المدَّخرات»[1]، فجعل الجنس مِن صفات المحكوم فيه، وهو شرط في العلة، وهذا بعينه هو ما نقوله.

ولا يمتنع أنْ يكون أصحابنا ذكروا ذلك على سبيل خلط الشرط بالعلة، فجعلوا الباب واحدا مِن حيث كانت العلة تنتقض متى أخلُّوا به.

ألا ترى أنَّا لو سُئلنا عن بيع قَفِيز أرز بقفيزين فقلنا: لا يجوز لأنهما مقتاتان، فلا يجوز التفاضل فيهما كالبر؛ لا يُنقض ذلك بالجنسين؛ لأنَّ بيع قَفِيز أرز بقفيزين حنطة جائز، وإنْ كانا مقتاتَين، فإذا قلنا: لأنهما مقتاتان مِن جنس زال هذا.

ونحن نذكر ما يمكن أنْ ينصر كل واحد مِن الطريقين، ونبيِّنه على وجه

(1) ينظر: النوادر والزيادات (6/ 5)، وتهذيب المدونة (3/ 87).

الصواب فيه إن شاء الله.

[**فإذا**][1] **قلنا**: إنَّ الجنس ليس مِن العلة بسبيل، وإنه مِن صفات المحكوم فيه، فالذي يدلُّ على ذلك:

ما ثبت مِن الاتفاق على أنه لابدَّ مِن فرقٍ بين العلة والمعلول والأصل والفرع، وأنَّ العلة غيرُ الأصل وغيرُ الفرع وغيرُ الحُكم، وذلك أمرٌ واضح؛ لأنَّ العلة باتفاق هي الجالبة للحكم والمثمرة له، فلابدَّ أنْ تكون غيرها وإلا كانت جالبةً لنفسها، وذلك محال.

وكذلك الأصل غيرها؛ لأنها صفة مِن صفاته جلبت الحكم فيه، وعلق الحكم فيه لأجلها [و/ 246].

وإذا ثبت ذلك ووجدنا الجنس -وهو المحكوم فيه-؛ فوجب ألا يكون مِن العلة.

يبيِّن ذلك؛ أنه مقتات مثبت الحكم فيه، وأنَّ الحكم وجب فيه لكونه مقتاتا، فبان أنه ليس مِن العلة في شيء.

ويوضِّح ذلك: أنَّ السائل يَحسن أنْ يضمِّنه سؤاله فيقول: ما العلة التي مِن أجلها حرم التفاضل في الجنس؟ ولو كان مِن العلة لم يحسن السؤال عن علته، ولكن العلة تُضاف إلى بعضها؛ لأنَّ ذلك يوجب كون أحد وصفيها معلولا بالوصف الآخر.

ويبيِّن ذلك: أنَّ السائل لابدَّ أنْ يتقرَّر الخلاف معه في موضع يحسن أنْ

---

(1) في (ع): (وإذا)، والمثبت أليق بالسياق.

يسأل عنه، فإذا عرف [أن][1] التفاضل يحرم بالجنس، فإنما سأل عن علة تحريم التفاضل في الجنس، وهذا واضح ممَّا قلناه.

ولو كان مِن العلة لكان ذلك مناقضة؛ لأنه يسأل عن علة الحكم -وهو تحريم التفاضل- وعن علة بعض أوصاف العلة -وهي الجنس-، وذلك ممتنع.

ويبيِّن ذلك أيضًا: أنَّ السائل لو أطلق السؤال فقال: ما علة تحريم التفاضل؟ لحسُن مِن المسؤول التوقف عن جوابه:

فإمَّا أنْ يقول له: حرِّر سؤالَك، على مذهب بعض أهل النظر.

أو يقولَ له: في أيِّ شيء؟ فإنَّ التفاضل ليس بمحرَّم عندي في كل شيء، إنما يحرم عندي في شيء مخصوص؟

فإذا قال السائل: إنما سألتُ عن علة تحريم التفاضل في الجنس، حسُن مِن المسؤول أنْ يذكر العلة.

ولو كان الجنس مِن العلة؛ لكان المسؤول كمَن قال: لا أذكر لك العلة، أو تضمِّن سؤالك بعض أوصافها، وذلك باطل.

ويوضح ذلك أيضًا: أنَّا وجدنا الجنس في بابٍ أنه صفة للمحكوم عليه، مطلوبة علته، جاريا مجرى عين الجنس ونوعه، كقولنا: بُرٌّ وشعير وتمر وملح.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

ألا ترى أنَّ السؤال عن [أحدها][1] يحسن على حدِّ جنسه مِن الآخَر.

فلو قال السائل: خبِّرونا ما علة تحريم التفاضل في الجنس؟ فنجيبه بمثل ذلك.

فلمَّا كان الجنس يحسن السؤال عنه جملة؛ كجنسه[2] عن أعيانه، دلَّ ذلك على أنهما يجريان مجرى واحد.

فثبت بهذا الجملة أنَّ الجنس ليس مِن العلة في شيء.

وليس مِن حيث كانت العلة لا تتمُّ إلا بذكره ما [يوجب][3] أنْ يكون منها؛ لأنَّ ذِكرَ شرط الشيء لا يوجب كونَه مِن المشروط، كما إذا قلنا: إنَّ الحياة مِن شرط كون الحي عالما لم يجز أنْ تكون مِن العلم.

ولهذا ما حمَلْنا إطلاق أصحابنا القول بأنَّ العلة في تحريم التفاضل الاقتيات مع الجنس أنه على سبيل مَن خلط الشرط بالعلة، ولعلَّهم لو استُفسروا عنه لأجابوا بما ذكرناه.

ويشهد لذلك كثيرا ما نراهم مِن اعتلالهم مِن قولهم: «وإنما قلنا كذا احترازا مِن كذا»، يريدون أنه لولا خوف الانتقاض بترك بعضِ صفات المحكوم فيه لمَا ضمُّوه إلى العلة.

وأنا أذكر مِن علل أصحابنا ما يوضِّح هذا ليزول توهُّم مَن يظن أنَّا

---

(1) في (ع): (أحدهما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) كذا في (ع)، ولعل الأليق بالسياق: (كسؤاله).

(3) في (ع): (يجب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

خالفناهم في معنى يرجع إلى المذهب.

وليُعلم أنَّ التأويل الذي حمَّلناه إطلاقهم سائغٌ ممكن، بل هو في الظاهر مرادهم:

فمِن عللهم لوجوب القضاء على الآكل ناسيا في رمضان أنْ نقول: لأنه مكلَّف حصل آكلا في زمان صومٍ مفترَض لا يسقط بالمرض؛ فوجب أنْ يلزمه مِن القضاء، كالعامد.

فإذا حقَّقنا النظر وجدناها خمسة أوصاف:

أربعة منها شروط للعلة وصفات للمحكوم فيه.

والباقي هو العلة.

واحد الأوصاف: أنه مكلَّف.

والثاني: حصول الأكل.

والثالث: الصوم.

والرابع: مفترض.

والخامس: لا يسقط بالمرض.

فالعلة الجالبة الحكم مِن جميعها وصف واحد، وهو حصول [الأكل][1] فقط، وما عدا هذا صفات [و/247] مَن توجَّب عليه القضاء، وليس ذلك مِن العلة في شيء.

والذي يدلُّ على ذلك الجملة التي قدَّمناها، وهي أنه لابدَّ مِن فصل بين

---

(1) في (ع): (الأصل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

العلة والحكم والمحكوم فيه، وهذه الأشياء هي أركان القياس؛ لأنه لا يتمُّ إلا بأصل مَقيس عليه، وفرعٍ مردود إلى الأصل، وجمع بينهما بعلة وحكم، وهو الغرض بالقياس، والمحكوم فيه، وهما الأصل والفرع.

فإذا ثبت ما ذكرناه؛ عُدنا إلى مثالنا، فقلنا:

الحكم: وجوب القضاء.

والأصل المقيس عليه: هو العامد.

والفرع المردود إليه: هو الناسي.

فيحتاج أنْ ينظر: ما العلة الجالبة للحكم مِن جملة هذه الأوصاف الخمسة؟

فنجد أنَّ كونه مكلَّفا شرط في وجوب القضاء؛ لأنه لو كان صبيا أو شيخا هَرِمًا لم يلزمه.

ونجد أنَّ كونه في زمان صوم شرط أيضًا؛ لأنه إنْ كان في زمان فطر فلا قضاء عليه.

ونجد كون الصوم فرضا شرط أيضًا؛ لأنه إنْ لم يكن فرضا فلا قضاء.

ونجد كونه لا يسقطه المرض شرطا أيضًا؛ لأنه متى أسقطه المرض لم يلزمه قضاء، كالنفل وصوم النذر المعيَّن.

فبقي الأكل وحده، فيكون الأكل هو الموجب للقضاء.

إذا وُجد مَن هذا وصفُه؛ فقد بان بما ذكرناه أنَّ ما عدا الأكل فإنما هو

صفات المحكوم فيه والمحكوم عليه، فإذا ذكرنا العلةَ ذكرناها بشروطها، فيظنُّ السامع أنها كانت مِن حيث كانت كلها محتاجا إلى ذكرها فهي بمجموعها العلة الجالبة للحكم، وليس كذلك؛ لأنَّ الحاجة إلى ذكر الشيء قد يكون ذلك وغيره.

ويبيِّن ما قلنا: أنَّا إذا أردنا فصلَه وتمييزَه [عن][1] العلة أوردناه بغير هذه العبارة فقلنا: إنَّ مِن شرط وجوب القضاء على مَن أكل ناسيا في صوم أنْ يكون ذلك الصوم لا يُسقط المرض مِن وجوبه.

فإذا ثبت لنا هذا؛ فكأنَّا سُئلنا، فقيل لنا: لِمَ أوجبتم القضاء على مَن أكل ناسيا في الصوم الذي هذا وصفه؟

فثبت بهذا أنَّ هذه الأوصاف ليست مِن العلة في شيء؛ لأنَّ سؤال السائل ينتظمها على التحقيق، والمسألة غير علَّتها.

و[لو][2] سئلنا عن العلة وقد جعلها نفس المسألة، فيكون جوابنا حينئذ أنْ نقول: «العلة في ذلك وجود أكله فيه» فقط، ويكون ذلك كلاما مستمرا، فالأكل علة، والكناية مِن قولنا: «فيه» عائدة على الصوم الذي وصفنا، وهذا واضح لمَن أنعم التأمُّل.

وإذا ثبت ما ذكرناه؛ عُدنا إلى مسألتنا فقلنا:

إذا سُئلنا عن علة تحريم التفاضل، فإنما يُلتمس منَّا علة تحريمه فيما يحرم

---

(1) في (ع): (على)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (لا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فيه، وهو لا يَحرم في الجنسين، وإنما يحرم في الجنس الواحد، فنقول: «كونه مقتاتا»، [كان][1] هذا كافيًا؛ لأنَّ السائل قد عرف المحكوم فيه، وهو ما يَحرم التفاضل في بيعه، فسؤاله ينتظمه، كأنه يقول: ما علة تحريم التفاضل في بيع الجنس بعضه ببعض؟ فنقول: كونه مأكولا مدَّخرا ومقتاتا.

فثبت بهذه الجملة أنَّ الجنس ليس مِن العلة في شيء، وإنما هو صفة المحكوم فيه، وهو شرط في العلة، وبالله التوفيق.

فإنْ قيل: ولِمَ زعمتم أنه لا يَحسن أنْ يَسأل السائل عن علة الاقتيات كما يَسأل عن علة الجنس؟

قلنا: مِن قِبَل أنَّ السؤال عن العلة إنما هو عن علة المنصوص عليه، وذلك هو الحكم الذي هو تحريم التفاضل في البُرِّ وغيره على حسب اختلاف الناس في ذلك، والاقتيات غير منصوصٍ عليه.

ولأنَّ السؤال هو عن علة الحكم المشروع، وذلك هو تحريم التفاضل؛ [و/ 248] لأنَّ الاقتيات ليس بحُكم مشروع.

فإنْ قيل: ولِمَ قلتم: إنَّ السائل إذا سأل فقال: ما علة تحريم التفاضل في الجنس الواحد؛ أنَّ ذلك دليل على أنَّ الجنس ليس مِن العلة؟

قلنا: لأنَّ تحريم التفاضل هو الحكم، والجنس الواحد هو المحكوم فيه، وكونه محكوما فيه يوجب أنْ يكون غير العلة.

فإنْ قيل: فلو سأل فقال: ما العلة في تحريم التفاضل في الجنس الواحد

(1) زيادة يقتضيها السياق.

المقتات؟

قلنا: عن هذا جوابان:

أحدهما: أنَّ هذه الزيادة لا يَحسن مِن السائل ذِكرُها، فيكون لغوًا مطَّرحا، وذلك أنَّ السؤال إنما يَحسن عن تحريم التفاضل فيما نصَّ على تحريمه فيه، وهو الجنس الواحد.

فأمَّا ما عدا ذلك مِن صفاته فأكثر مِن أنْ تُحصى، وليس -وإنْ كنَّا نعتبرها- يجب أنْ يحسن السؤال عنها؛ لأنَّ ذلك يُبطل الغرض بفائدة السؤال إذا كانت الفائدة به إنما هي معرفة علته لإلحاق غير المنصوص بالمنصوص، والاقتيات والكيل غير منصوص عليه، فلا معنى للسؤال عن علته.

والجواب الآخر: أنْ نقول: أنت عارفٌ بما سألتَ عن علته -وهو كونه مقتاتا-، إلا أنَّ العلة وإنْ كانت وصفا مِن أوصاف المحكوم فيه؛ فإنك قد أخطأت في خلطك إيَّاها به مِن السؤال؛ لأنَّ ذلك يوهم أنها ليست بعلة له، وأنها جارية مجرى وَصْفِنا له بأنه بُرٌّ وشعير وما أشبه ذلك، فأنت بمثابة مَن قال: ما اسم [أبي][1] عمر بن الخطاب واسم أمِّ عيسى ابن مريم، وقد علمنا أنَّ هذا مخطئ في السؤال؛ لإيهامه أنَّ الموصول في السؤال غيرُ المسؤول عنه.

---

(1) في (ع): (بن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ويدلُّ أيضًا على ما قلناه: أنه إذا ثبت أنَّ المطلوب هو العلة في المنصوص عليه، ووجدنا الجنسية قد تناولها النصُّ؛ [فدلَّ][1] ذلك على أنها غير العلة.

ألا ترى أنه لمَّا قال: «البُرُّ بالبُرِّ مِثلا بمِثل» أفاد بذلك الجنس؛ لكونه جنسا، لأنَّ قولنا: «بُرٌّ» هو اسم جنس مِن الأجناس.

وإذا كان الأمر كذلك، واحتجنا إلى طلب العلة فيه؛ وجب أنْ يكون المعنى غيرَ اسمه.

فإنْ قيل: إنَّ الجنس غيرُ منصوصٍ عليه.

قلنا: هذا اللفظ بعينه هو اللفظ الأعم، وإنْ لم يكن منصوصا عليه فقد نصَّ على أعيانه، وهو آكد منه.

فإنْ قيل: نحن نجوِّز أنْ يكون الاسمُ اللَّقَبُ[2] علةً.

قلنا: فاعلموا أنَّ هذا مسلَّم لكم، ألسنا قد اتَّفقنا على كونه بُرا ليس بعلة، وهو اسم جنس، وأنَّ العلة مستودعة فيه.

وقد ذُكر في ذلك أشياء يضعف التعلق بها عند [التحقيق][3]، فلذلك اقتصرنا على ما ذكرنا، وبالله التوفيق.

وأمَّا وجه نصرة الطريقة الأولى وأنَّ الجنس أحدُ وصفي العلة؛ فهي أنْ نقول:

---

(1) في (ع): (يدل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) أي: غير المشتق.

(3) في (ع): (التحقق)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

إنَّا وجدنا تأثير كلٍّ واحدٍ مِن الوصفين في الحكم على حدٍّ واحد، ألا ترى أنَّ الجنس مِن المأكولات متى لم يكن مقتاتا أو بمعنى المقتات لم يحرم التفاضل فيه، ومتى كان مقتاتا أو مُصلِحا للقوت حرُم التفاضل فيه.

وكذلك المقتات؛ متى كانا جنسين لم يحرم التفاضل، ومتى كانا جنسا واحدا حرُم التفاضل.

فإذا [أثَّرا][1] في جلب الحكم تأثيرا واحدا، ثم ثبت أنَّ الاقتيات علة؛ كذلك الجنس.

وأجاب مَن ذهب إلى الطريقة الأخرى عن هذا بأنْ قالوا:

إنَّا لا نسلِّم ما ادَّعوه مِن أنَّ تأثيرهما على حدٍّ واحد، مِن قِبَل أنَّ الجنس متى لم يكن مقتاتا لم يحرُم التفاضل فيه لعدم علة تحريم التفاضل التي هي الاقتيات في ذلك الجنس.

فتأثير الاقتيات في هذا: أنَّ الحكم يوجد بوجوده ويرتفع بارتفاعه، وهذا يوجِب كونه علة.

وإذا كان المقتات [و/ 249] جنسين؛ فالمحكوم فيه غير موجود، ومِن شرط العلة وجود المحكوم فيه الذي هي مستودعة فيه وهو معلَّل بها، وليس يجوز أنْ يكون علة في حكم بعينه.

فبَانَ بذلك اختلاف وجه تأثيرهما، وهذا كما نقول:

«إنَّ الزاني المحصَن حدُّه الرَّجم.

---

(1) في (ع): (أثر)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

والعلة: وجود الزنى منه بشرط الإحصان.

وليس الإحصان موجِبا للرجم، ولا بشرط وجود الزنى.

لكن الزنا يوجب الرجم إذا كان الإحصان موجودا».

ولا يجوز أنْ يقال: إنَّ تأثيرهما واحد، كذلك في مسألتنا.

فأمَّا تساوي فَقْد الاقتيات والجنس في فساد العلة بفَقْد أحدهما؛ فصحيح، ولكن قد قلنا: إنَّ العلة قد تَبطل بفَقْد بعض أوصافها المؤثِّر في جلب الحكم، وقد تبطل بفَقْد بعض شروطها وإنْ لم يكن له تأثير في جلب الحكم، ولا يجيء منه كونه مِن العلة.

قلنا: ويدلُّ على ذلك أيضًا أنَّا وجدنا الجنس يوجَد الحكم بوجوده ويرتفع بارتفاعه، فكان كالطعم أو الاقتيات، فإذا كان ذلك مِن العلة؛ فكذلك الجنس، لأنَّ هذا مِن أقوى علامات صحة العلة [المستخرجة][1].

وهذا أيضًا قد أُجيب عنه بأنْ قيل: إنه في معنى السؤال الذي قبله، ومتى سلَّمنا لهم أنَّ الحكم يوجد بوجود الجنس ويرتفع بارتفاعه عندنا، ومضمَّن ارتفاع العلة؛ لأنَّ العلة مودوعة في المحكوم فيه.

ألا ترى أنَّا إذا عللنا وجوب الحدِّ على الزاني بزناه؛ فإنَّ مِن شرطه الحياة، ثم لو فات لارتفع الحكم لارتفاع شرطٍ مِن شروط العلة، لا لارتفاع بعض أوصافِها.

فقد بان بذلك أنَّ الحكم يُعدم بعدم العلة تارة، وبعدم شرط مِن شروطها

---

(1) في (ع): (المتخرجة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

أخرى، وبعدم المحكوم فيه مرة.

قال أصحابنا أيضًا: ولأنَّ مثبتي القياس مجمعون أنَّ علل الشرع تنقسم إلى ذات وصف ووصفين وأوصاف، ومتى سلَّمنا هذه الطريقة أدَّى ذلك إلى أن لا يكون علة [شرعية][1] أبدا إلا ذات وصف واحد، وأنْ يقال في الأوصاف الزائدة: إنها شروط وتخصيص المحكوم فيه.

والجواب عن ذلك: أنه يُنظر فيما ذكروه، فإنْ كان تأثير الأوصاف متساويا، فالأوصاف كلها علة، وإنْ كان على صفة ما نحن فيه مِن علة الربا، فالقول فيه مثلها، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا علة تحريم التفاضل في الجنس الواحد مِن الذهب والفضة: فهي أنهما أصول الأثمان وقِيَم المتلفات.

وهو قول الشافعي[2].

وعند أبي حنيفة أنها كونه موزونا جنسا، فيعدَّى ذلك إلى سائر الموزونات[3].

والكلام في ذلك مِن وجوه:

أحدها: في إفساد علتهم، فإذا فسدت صحَّت علتنا؛ لاجتماعنا على ألا

---

(1) في (ع): (شريعة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) ينظر: الحاوي الكبير (5/ 91).

(3) ينظر: المبسوط للسرخسي (12/ 110).

واسطة بينهما.

والثاني: في تصحيح علتنا، فتَبطل أيضًا علتهم.

والثالث: أنَّ العلة المقصودة علة صحيحة.

فأَمَّا الكلام في إفساد علتهم:

فما ذكروه أصحابنا؛ وهو أنَّا قد اتَّفقنا على جواز إسلام الفضة والذهب في الحديد والرصاص والصُّفْر والنحاس وغير ذلك مِن الموزونات، وذلك يدل على انتفاء الربا في هذه الأشياء بالوزن؛ لأنَّ الشيئين إذا جرى فيهما الربا بعلة واحدة لم يَجز أحدهما في الآخر؛ كالحنطة والشعير والتمر وغير ذلك، فلمَّا اتَّفقنا على جواز ذلك؛ دلَّ على ما قلناه.

وتحريره أنْ يقال: كل شيئين جاز أن يُسلَم أحدُهما في الآخر لم تجمعهما علة واحدة في الربا.

أصله: الذهب والفضة والحنطة والثياب.

عكسه: أنَّ كل شيء امتنع أن يُسلَم أحدهما في الآخر [و/250] ممَّا فيه الربا فإنهما يجتمعان في علة واحدة؛ أصله: الذهب والفضة.

فإنْ قالوا: هذا لاجتماعهما في علة واحدة، ولكونهما ثمنين أو مُثمَنين.

قلنا: لا معنى لضمِّ وصف آخر إلى وصف قد وافقتمونا على وجوب اعتباره، على أنها تبطل بمنع إسلام الدراهم في حلي الفضة؛ لأنَّ أحدهما ثمن والآخر مُثمَن.

فإنْ قالوا: هذا لأنه يكون صرفا نسيئة ومتأخرا عن القبض.

قلنا: لا يمكن أنْ تكون هذه علة منعِه، إلا أنَّ علتكم تبطل به [إنْ][1] كانت هذه علة.

ودليل آخر: وهو أنَّ أبا حنيفة يُجيز بيعَ الرصاص المكسور أو الأقطاع التي لم تصنع بالأواني المتَّخذة منه متفاضلا، وكذلك أنواع الموزونات كالصُّفْر والحديد والنحاس وغيرها.

فنقول: كل جنسٍ كان التفاضل بين مهمَله ومعموله فلا ربا فيه؛ أصله: التراب والقصب.

ألا ترى أنَّ القصب الذي يُعمل منه البَواري[2] لا ربا فيه، وكذلك التراب الذي يُعمل مِن طينه اللَّبِن والخزف والآجُر؛ عكسه: الذهب والفضة، لمَّا حَرُم التفاضل في تِبرهما ثبت في معمولهما.

فإنْ قالوا: إنما ثبت الربا في مهمل الرصاص وغيره؛ لأنه مهمل موزون بالصيغة، يخرج عن ذلك قلب الخواتم الذهب والفضة والمَذاهب[3] المتخذة منهما؛ لأنَّ ذلك كله غير موزون وفيه الربا.

وقد قال أصحابنا: إنَّ علتهم تبطل بالحشيش؛ لأنه يُباع وزنا، وكذلك الخشب، والعادة جارية بذلك في البلاد؛ لأنَّ حشيش الحنطة والإذخر وغيره

---

(1) في (ع): (وإن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) الحصير المنسوج من القصب.[تاج العروس (10/ 254)]

(3) سُيور تُمَوَّه بالذهب. [تاج العروس (2/ 453)]

يُباع وزنا.

فإنْ قالوا: الأصل بيعه جزافا، فإذا وُزن في بعض البلاد فليس ذلك بحجَّة في خروجه عن أصله.

قلنا: والأواني أيضًا يبيعها الناس وزنا في كثير مِن البلاد، وكذلك كثير مِن الثياب، وأصل الحرير يباع وزنا [بالأمصار][1]، ومع ذلك فلا ربا فيه.

ومِن قولهم أيضًا: إنَّ النحاس والصُّفْر والشَّبَه[2] جنس واحد، وقد جوَّزوا بيع رطل منه برطلين، وقالوا: لأنَّ فيه فضل لون، فهذا ناقض لإعلالهم.

فأمَّا الكلام في صحة علتنا، والدليل على ذلك:

فإنه ﷺ لما نصَّ على الذهب والفضة فقط -وهما أصول الأثمان غالبا- ولم ينصَّ على غيرهما، نبَّه بذلك على أنَّ العلة فيهما هذا الوصف الذي لا يشتركهما فيه ما عداهما؛ لأنه لو أراد الوزن لنصَّ على غيرهما مِن الموزونات ممَّا ليس بثمن، كما قلنا في الحنطة والتمر: إنه لو أراد الكيل فقط لنصَّ على غيرهما أو لاقتصر على واحدٍ منهما؛ إذ الكيل والوزن واحد في جميعها، فلمَّا لم يقتصر على ذلك؛ دلَّ على أنَّ مراده ما ذكرناه، فكذلك في هذا الموضع.

فإنْ قيل: فإنَّ [للذهب][3] والفضة أوصافا كثيرة منها النقد والأثمان،

---

(1) في (ع): (بالأمنار)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) النحاس الأصفر. [تاج العروس (36/ 412)].

(3) في (ع): (ذهب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ومنها الوزن وغيره، فما الذي دلَّكم على أنَّ كونها أثمانا هو الذي تعلق بها الحكم دون غيره؟

قيل له: دليلنا على ذلك شيئان:

أحدهما: ما ذكرناه مِن التنبيه.

والآخر: أنَّ كل ما عداه لا يصلح أنْ يتعلق به الربا مِن أوصافها، وشرح ذلك يطول، فما وافقتمونا عليه استغنَيْنا بالوفاق على ذِكره، وما خالفتمونا عليه فقد دلَّلنا على فساده.

والمذهبان إذا اتَّفق الخصمان على أن لا واسطةَ بينهما كان فساد أحدِهما دالًّا على صحة الآخر.

فصل:

أمَّا الكلام في الفصل الثالث الذي يعترضون فيه على علتنا، ويزعمون أنَّ العلة إذا كانت مقصورةً على أصلها لا تتعدَّى إلى غيره ولا تَجلب فروعا؛ فإنها لا تكون علةً، ويكون دلالة على فسادها.

فوجه الكلام عليهم فيه أنه يقال:

إنَّ الخلاف [و/ 251] في هذه المسألة ينقسم إلى أقاويل:

منهم مَن يقول: إنها صحيحة وإنْ لم تتعدَّ، وأنَّ التعدِّي ليس مِن شروطها، وهو قولنا وقول أصحاب الشافعي.

ومنهم مَن يقول: إنها لا تصحُّ ما لم تتعدَّ على الإطلاق، وهو قول أكثر فقهاء العراقيين.

ومنهم مَن يفصل بين المنصوص عليها والمستخرجة:

فيقول في المنصوص عليها: إنها صحيحة وإنْ لم تتعدَّ.

وفي المستخرجة: إنها لا تصحُّ إلا أنْ تكون متعدِّية، إلا أنْ يُجمعوا على أنها علة، وهذا حكاه الحمراني عن البصري.

وعمدة مَن جعل التعدِّي شرطا أنْ قال: إنها إذا لم تتعدَّ الأصل؛ فلا تفيد إلا ما أفاده النص، والفائدة في التعدِّي بالتعليل أنَّ استخراجه يحمل الفروع على الأصول، فإذا لم يحصل ذلك لم يكن ذلك لها معنى؛ لأنَّا نستغني عنها بالنص.

قالوا: ولأنَّ الصحابة حملت الفروعَ على الأصول، ولم نجدها علَّلت الأصول لأنفسها فقط.

قالوا: ولأنه لو جاز ذلك لجاز أنْ تُعلَّل الأصول وإنْ كانت العلة لم تتعدَّاها، فلمَّا [لم][1] يجز ذلك، ولم يكن لامتناعه وجه إلا ما ذكرناه [وجب][2] كون التعدِّي مِن شرطها.

قالوا: ولأنه قد ثبت أنه لا يجوز تعلق الحكم بجميع أوصاف الأصل؛ لأنَّ ذلك لا يفيد إلا ما نستفيده مع عدم تعليله مِن اختصاصه بالحكم؛ فكذلك سبيل تعليله بما لا تتعدى.

ومَن فَصَل بين المنصوص عليها والمستنبطة قال: لأنَّ الذي لأجله أفسدنا

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (وجوب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

العلة المستخرجة إذا لم تتعدَّ أنها تخرج عن أنْ يُفيد استخراجها معنى، وليس كذلك المنصوص عليها؛ لأنَّ النصَّ قد أفاد كونها علة بكون الحكم مصلحة، وذلك لا يعلم بالاستخراج.

والذي يدلُّ على ما قلناه: فَقْد التعدِّي في العلة ليس فيه أكثر مِن تعذُّر القياس، وامتناعِ حمل فرعٍ على ذلك الأصل بها، وذلك لا يُخرجها عن أنْ تكون علة.

يبيِّن هذا: أنَّ تعذُّر القياس بها في هذا الموضع مع التعدِّي بالقياس وحمل الفرع على الأصل ليس بأبلغ مِن تعذُّره وامتناعه مع عدم الإذن في ذلك.

وقد ثبت أنَّ صاحب الشرع لو نصَّ على علة لبعض الأحكام مثل أنْ يقول: حرَّمت السكَّر لأنه حلو، ومِن أجل أنه حلو لعلة وجود الحلاوة فيه، وغير ذلك مِن الأدلة التي يعلم بها أنه قد علَّله بالحلاوة، وذلك قبل أنْ تتعدَّى بالقياس؛ لكانت الحلاوة علةً في التحريم، وإنْ لم يستفد بها حمل فرع على الأصل المنصوص على علته.

فإذًا لا فضل على تعذُّر القياس مع عدم الدليل على الإذن فيه والتعبُّد به مع وجوده؛ لأنَّ التعذُّر في الموضعين على حدٍّ واحد.

ويدل عليه: أنَّ تَقَرُّبَه إلى الفروع درجةٌ متأخرةٌ عن العلم بكونها علة؛ لأنَّا إنما نحمل الفرع على الأصل بما إذا علمناها علة، وما لم نعلمها علة فلا يجوز لنا ذلك.

وإذا كان الأمر كذلك؛ وجب أنْ يكون العلم بكونها علة سائغا لحمل الفرع على الأصل، وهو التعدِّي.

فإذا علمناها علة بالطريق الذي به نعلم العلل؛ امتنع لذلك كون التعدِّي شرطا فيها، لأنَّ ذلك يوجب أنْ يكون مشاركا للعلم بكونها علة، وذلك قد بيَّنا فساده؛ لأنَّ طريق صحة العلة موجود فيها، فوجب كونها علة؛ أصله: إذا كانت متعدِّيةً أو منصوصا عليها.

فإذا ثبت هذا؛ فقولهم: إنها إذا لم تتعدَّ فلم تُفد إلا ما أفاد النص، وأنَّ الفائدة بالتعليل إلحاقُ الفروع بالأصول.

فالجواب [و/252] **عنه**: أنَّ العلة لابدَّ -لعَمْري- مِن استنباطها مِن فائدة ترجع إلى الحكم إذا كانت لا تُراد لنفسها، وإنما تُراد للحكم، فنفي تعدِّيها قد يفيد منع حمل الفرع على الأصل، كما أنَّ تعدِّيها يفيد وجوب حمله إذا كان الحمل إنما يصحُّ مع حصول الاشتراك فيما له ثبت الحكم.

فإذا علم بالدلالة أو بقوة الأمارة أنَّ الحكم معللٌ بما لا يتعدَّى؛ امتنع القياس، وكان ذلك معنى مستفادا بها أنَّ الأصل صحة القياس وثبوتُه.

فإنْ قالوا: هذا عكس الأصول؛ لأنَّ الأصل هو منع القياس.

قلنا: ليس هذا المنع مِن المنع الذي ادَّعيتموه في شيء؛ لأنَّ ذلك المنع هو لعدم المنع فيه، وهذا المنع هو لعدم وجود العلة في الفرع، أو مِن شرط حمله الاشتراك فيما ثبت الحكم، على ما ذكرناه.

فإنْ قالوا: لم نستفد منع القياس بذلك، وإنما استفدناه لأنَّا لم نجد الأصل معلولا بعلة متعدِّية؛ كانت هذه العلة متعدِّية أم لا.

قلنا: هذا غير صحيح؛ لأنه قد يكون في الأصل صفة متعدِّية، ويكون ممَّا قام الدليل أنه لا يُعلل إلا بعلة واحدة، فنعلم أنه لولا هذه الصفة لصحَّ القياس مِن تلك الصفة المتعدِّية، لكن قوة أمارتها مَنَع ذلك، فثبت بهذا أنَّ قوة ما لا يتعدَّى هذا الذي منع القياس.

وقد قال أصحابنا في قوله: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾ [العنكبوت: 45] أنَّ ذلك يفيد بيانَ الوجه فيها وإنْ لم تتعد.

فأمَّا قولهم: إنَّ الصحابة علَّلت بحمل الأصول على الفروع[1]، ولم تُعلل عِلَّةً مقصورةً؛ فلا معنى له، لأنه لا يستدل على فساد نوع مِن الأدلة بأنَّ الصحابة لم تستدلَّ به ولا استخرجته؛ لأنَّ أفعالها ليست جميع طرق معرفة الأدلة، فقد يعلم صحة الدليل والعلة تارة مِن أفعالهم، وتارة مِن الطرق الأُخر.

فأمَّا قولهم: إنَّ الأصول -كالصلوات وصيام رمضان وغيره- إنما لم تعلل، لأنَّ تعليله لا يفيد حمل غيرها عليها؛ فغلط، لأنَّ ذلك لا يفيد شيئًا يرجع إلى الشرع أصلا، لا جواز القياس ولا منعه، وإذا لم تتعلق به فائدة؛ فلا يصح.

فأمَّا قولهم: إنه لو جاز ذلك لجاز تعليل الأصل بجميع أوصافه.

(1) في العبارة السابقة: (حملت الفروع على الأصول).

فإنَّا نقول في جوابه: إنما امتنع ذلك؛ لأنَّ العلة لابدَّ أنْ تكون مؤثِّرة، ويَبْعد أنْ يؤثِّر جميعُ أوصاف الشيء في الحكم، فإنْ أمكن ذلك -على بُعدِه- جاز، ولم يمتنع إذا دلَّ عليه الدليل، وحصلت به فائدة، والله أعلم.

فأمَّا مَن فَصَل بين المنصوص عليها والمستخرجة؛ فإنه قال: أعلم بالنصِّ كونها علة المصلحة.

وهذا عندنا غير معتبَر، ثم لو سلَّمناه لم يَمنع ما قلناه؛ لأنه إذا جاز أنْ تفيد ذلك في المنصوص عليها جاز أنْ تفيدَه في المستخرجة، فيكون ذلك فائدة في التكليف إنْ لم يرجع إلى طريق القياس.

فإنْ قالوا: إذا كانت لا تفيد إلا ما أفاده النصُّ فلا معنى لاستخراجها؛ لأنه لا يفيد.

قلنا: هذا يبطل بالنَّصَّيْن على الحكم في الشيء الواحد؛ لأنَّ أحدهما لا يفيد إلا ما أفاده الآخر، ولا يجوز أنْ يقال: ما الفائدة في إنزال النصِّ الثاني.

فإنْ قالوا: أردنا أنه لا يفيد القياس عليه ولا حمل الفروع.

قلنا: هذا مسلَّم، ولكن ليس لا فائدة في التعليل إلا هذا، فقد تكون الفائدة إمكانَ القياس، وقد تكون منعَه؛ على ما بيَّناه، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا قوله: (إنَّ التفاضل في بيع الماء جائز، وإنه لا ربا فيه)؛ فهذا هو الظاهر مِن المذهب؛ أنَّ حكمَه بخلاف حكم الأطعمة.

وروى ابن نافع [و/ 253] عن مالك منع بيعه بالطعام إلى أجل.

وقد قال شيخنا أبو بكر الأبهري: يجيء على هذا أنْ يحرُم التفاضل في جنسه، وأنْ لا يجوز بيعه قبل قبضه.

وهذا قول الشافعي(1).

والأول قول أبي حنيفة(2).

والذي يدل على صحة الوجه الأول:

أنَّ الربا شُرع في الأموال حراسةً لها وحفظا ومصلحة للناس، ولذلك جعل فيما تمسُّ الحاجة إليه منها وتقوم الأبدان بتناوله، والماء أصله مباح غير [متشاح](3) فيه، فكان منافيا لموضوع المقصود بالربا.

ولأنَّا قد بيَّنا العلة في الربا فيما يؤكل ويُشرب، وأنه ممَّا يقتات ويدَّخر غالبا للقوت، وهذا معدوم في الماء؛ لأنه مباح مقدور عليه.

فإنْ قيل: إنَّ الماء قوتٌ كالبُرِّ؛ لأنه ليس معنى القوت أكثر مِن أنه يؤكل على وجه الحاجة، وأنه قوام النفس لا غناء لها عنه، بخلاف الفواكه وغيرها مِن البقول وما جرى مجراها، وهذا مِن الماء أوجد؛ لأنَّ كل قوتٍ فله عند تعذُّره نائبٌ عنه وقائم مقامه إلا الماء فإنَّ بعدَمِه التلف، فكان أَوْلى بتحريم التفاضل مِن سائر الأقوات(4).

---

(1) عند الشافعية قولان، أصحهما: أنَّ فيه الربا، الحاوي الكبير (5/ 111)، نهاية المطلب (5/ 94).

(2) التجريد للقدوري (5/ 2298).

(3) في (ع): (مشاح)، والمثبت من الإشراف (2/ 467)، والمعونة (2/ 963).

(4) عبارة المؤلف في المعونة (2/ 963): «ووجه إثباته أنه في معنى القوت؛ لأن الحاجة إليه أمس منها =

فالجواب: أنَّ أحدا لم يُسمِّ الماء بأنه قوتٌ ولا وَصَفَه بذلك؛ لأنَّ الاقتيات ليس معناه ما ذكروه فقط دون أنْ يكون أكله وادِّخاره، ويخاف فواته وتعذُّره، وكون الماء مبذولا مباحا غير مملوكٍ إلا بالحَوْز والقبض ينفي ذلك.

وليس الحاجة إلى تناوله وأنَّ الإنسان إذا لم يتناوله وقت شدَّة حاجته تلفَ وجب أنْ يُلحق بالأقوات؛ لأنَّ مِن الأدوية ما إنْ لم يتناوله الإنسان وقتَ حاجتِه تلف، ولا ربا [فيها][1].

وكذلك فالادِّخار غير مستعملٍ فيه ولا يتعاطاه أحدٌ قطُّ غالبا لِسَعته ووجوده وكونِه مباحا لكل مَن أراده.

وإنما الادِّخار يكون فيما يقع فيه التشاحح والتمليك والتنافس، فجرى الماء مجرى الحشيش وغيره ممَّا في معناه، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (لا يجوز طعام بطعام متأخرا، بجنسه أو مِن غير جنسه، كان ممَّا فيه الربا أم لا ربا فيه[2])، وأنَّ مِن شرط ذلك التقابض في المجلس؛ فهذا قولنا وقول الشافعي[3].

إلى الخبز؛ لأن غير الخبز يقوم مقامه، والماء لا يقوم غيره مقامه، فكان تحريم التفاضل فيه أولى».

(1) في (ع): (في ماء)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في متن «الرسالة» كما تقدم: «لا يجوز طعام بطعام إلى أجل كان الطعام من جنسه أو من خلافه، كان مما يدخر أو لا يدخر».

(3) التفريع (2/ 79)، نهاية المطلب (5/ 95).

وقال أبو حنيفة: ليس مِن شرطه التقابض في المجلس، ويصحُّ وإن افترقا مِن غير قبض إلا أنْ يكون المَبيع جزءا مشاعا مِن صُبْرة[1].

ودليلنا قوله ﷺ: «[إنما الربا][2] في النَّسيئة»[3].

وقوله: «لا تبيعوا الذهبَ بالذهب ولا الشعيرَ بالشعير» إلى أنْ قال: «سواءً بسواء، عينا بعَيْن، يدا بيد»[4].

فإنْ قيل: معنى قوله: «يدًا بِيَدٍ» يرجع إلى التعيين، [لأنَّا مفتقرون][5] إلى تأويله[6] من حيث كان ظاهره متروكا، وذلك أنه يوجب كون التقابض معقولا حال العقد، وذلك غير ممكن، فلم يكن بُدٌّ مِن حمله على ما قلناه.

قيل له: ليس الأمر كذلك؛ لأنَّ حقيقة الكلام ليست في كل موضعٍ موصوفة بأنها ظاهرة، وإنما الظاهر ما سبق إلى ذهن سامعه عند طروقه للسمع، ومعلوم أنَّ مفهوم هذه العبارة عند إطلاقها إنما هو استعجال التقابض ومنعُ التراخي فيه، دون حال العقد.

فأمَّا حمْلُه على التعيين فلا يصح؛ لأنَّ ذلك مستفادٌ مِن قوله: «عينا بعَيْن».

---

(1) التجريد للقدوري (5/ 2312).

(2) زيادة من الجامع لابن يونس (11/ 199) نقلا عن المصنف.

(3) أخرجه البخاري (2178)، ومسلم (1596) واللفظ له، من حديث أسامة بن زيد.

(4) أخرجه مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت.

(5) في (ع): (كانا مفتقيرون)، والمثبت أليق بالسياق.

(6) قال السرخسي: «لأنه لو كان المراد به القبضَ لقال: من يدٍ إلى يدٍ؛ لأنه يقبض من يَدِ غيره؛ فعرفنا أنَّ المراد: التَّعيين». المبسوط (12/ 111).

[ولأن][1] التقابض لا يُفهم منه التعيين؛ فبطل ما قالوه.

ولأنهما عينان يجري الربا فيهما بعلة واحدة؛ فوجب أنْ يكون مِن شرط جواز بيع أحدِهما بالآخر التقابض في المجلس؛ أصله: [254/و] الذهب والوَرِق، عكسه: الذهب والحنطة.

ولأنَّ كل شيء لا يجوز أنْ يُسلم أحدها في الآخر -مع جواز السَّلَم فيه- فلا يجوز بيعُه به إلا يدا بيد؛ أصله: الذهب والفضة، أو الذهب والحُلي، ولا يدخل عليه إذا أسلَم ما لا يجوز أنْ يسلم فيه لمَا ذكرناه.

فإنْ قيل: المعنى في الذهب والفضة أنهما لا [يتعيَّنان][2] بالعقد؛ فلذلك شرط فيهما القبض في المجلس.

فأمَّا الطعام وغيره [فمتعيَّن][3] بالعقد، [فلم يشرط][4] فيه التقابض في المجلس؛ كسائر العُروض.

قيل له: علة الفرع منتقَضةٌ مِن الحلي بالذهب والورِق؛ لأنه يتعيَّن عند كلٍّ منَّا بالعقد، فلا يجوز تأخير القبض فيه.

وعلة الأصل مختلفٌ فيها بين أصحابنا.

على أنَّ علة التعيين لا تؤثِّر في وجوب التقابض لمَا ذكرناه مِن الحلي.

قياس آخر: ولأنه عقد معاوضة محضة يفسده دخول الأجل، وهذا

---

(1) في (ع): (ولا)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (يعينان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع) ما صورته: (فمعينين)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) زيادة يقتضيها السياق، وينظر بدائع الصنائع (5/ 219).

احتراز مِن النكاح.

واحتجَّ المخالفون بأنْ قالوا:

لأنه عقدٌ يتناول بيع عين تَعيَّن مِن جنس ما يتعين؛ فلم يكن القبض في المجلس شرطا فيه؛ أصله: بيع الثياب بالثياب.

قالوا: ولا يدخل عليه الحلي؛ لأنه لا يتعيَّن بجنسه، وإنما يتعيَّن بصنعته.

فالجواب: أنَّ المعنى في الثياب ما ذكرناه مِن أنه لا يحرم فيها التفاضل، وفي مسألتنا يحرم التفاضلُ بعلة واحدة.

أو لأنَّ بيعه به مؤجَّلا جائز، وفي مسألتنا بخلافه.

فإنْ قيل: هذا لا يصحُّ؛ لأنه قد استشهدنا بالسلعتين معيَّنَيْن إحداهما بالأخرى، فلا يصحُّ قولكم إنَّ الدخول جائز بالشرط أو السَّلم؛ لأنَّ السَّلم والشرط لا يدخلان في الأعيان، وإنما يتعلقان بالموصوف.

فالجواب: أنَّ معنى قولنا بجواز دخول الأجل فيهما هو إذا كانت إحداهما موصوفة والأخرى عينا، [فلذلك][1] قلنا إنَّ أحد هذين العِوضين لو كان موصوفا لم يصلح أنْ يكون رأس المال فيه.

والحنطة والشعير بخلاف ذلك؛ لأنَّ إحداهما لو كان موصوفا لم يصلح أنْ يكون الآخر رأس مالٍ فيه.

وقد أُجيب عن أصل السؤال بأنْ قيل: إنهم لمَّا جعلوا تعيين الشيء علةً

---

(1) في (ع): (فكلما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

بجواز تأخير قبضه؛ كان ذلك خلاف الأصل، لأنَّ رأس المال في السَّلَم لا يجوز تأخير قبضه، بل يجب على قول مَن يجعل الأجل شرطا فيه، وليس [بمتعين][1]، وفيه نظر على أصولنا.

قالوا: ولأنَّ جواز الخيار في هذا العقد يدلُّ على أنه ليس مِن شرطه التقابض في المجلس.

فالجواب: أنَّ الخيار لا يجوز فيه؛ كهيئة الصرف، وبالله التوفيق.

فرع:

والربا ثابت بين المسلمين في دار الحرب كثبوته في دار الإسلام.

وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: إذا أسلم فيها رجلان أو دخل إليها رجلان مسلمان فتبايعا بربا جاز[3].

ووافَقَنا في الحربي إذا دخل دار الإسلام بأمان لم تجز مبايعته بربا.

واستدلَّ أصحابه: بما رُوي عن مكحول أنَّ النبي ﷺ قال: «لا ربا بين مسلمٍ وكافرٍ في دار الحرب»[4]؛ وهذا نصٌّ.

---

(1) في (ع): (بمعنين)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) الأم (7/ 379).

(3) مختصر الطحاوي (3/ 491)

(4) ذكره ابن المنذر في الأوسط (6/ 276)، والبيهقي في المعرفة (13/ 276) بدون إسناد، وقال الزيلعي في نصب الراية (4/ 44): «غريب»، ونقل عن الشافعي قوله: «هذا ليس بثابت»، وسيأتي قول المصنف: «مضطرب عند أهل النقل معلول».

قالوا: ولأنَّ دار الحرب دار إباحة وقَهْر وغَلَبة، فإذا تبايعا هناك فالمِلك لا يثبت لهم بالعقد؛ لأنَّ بيع درهم باثنين لا يجوز، ولكن بالاستباحة، فلم يُعتبر فيه التفاضل والتماثل، واعتبر بما يؤدِّي إلى تصحيح المِلك لهما.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

عموم قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275].

وقوله: «الدينارُ بالدينار، والدرهمُ بالدرهم؛ لا فَضلَ بينهما»[1].

وسائر الظواهر؛ وهي عامَّة لدار الإسلام والحرب.

وكذلك قوله: «لا تَبيعوا الذهبَ بالذهب، ولا الفضةَ بالفضة؛ إلا مِثْلا [و/ 255] بمِثل»[2]؛ ولم يخصَّ.

ولأنَّ كل بيع لم يصحَّ في دار الإسلام كان محظورا عليه في دار الحرب؛ أصله: الزنى، وشرب الخمر، وسائر المحظورات.

فإنْ قيل: ينتقض باستباحة مال الحربي؛ لأنه يحلُّ في دار الحرب، ولا يحلُّ في دار الإسلام.

قيل له: ليس الأمر كذلك؛ لأنَّ الحربي لا يخلو أنْ يكون له أمانٌ أو لا أمانَ له:

فإنْ كان له [أمان][3]؛ حرُم أخذ مالِه في الدارَيْن.

---

(1) أخرجه مسلم (1588) من حديث أبي هريرة.

(2) أخرجه البخاري (2177)، ومسلم (1584) من حديث أبي سعيد الخدري.

(3) في (ع): (مال)، والمثبت أليق بالسياق.

وإنْ لم يكن له أمانٌ؛ جاز أخذُ مالِه فيهما.

فإنْ قيل: لا حَدَّ عندنا على مَن زنى في دار الحرب.

قلنا: لا يضرُّنا في ذلك؛ إذا سلَّمتم أنَّ الربا يحرُم عليه فيها كتحريمه في دار الإسلام.

ولأنَّ المسلم متى حصل في دار الحرب بأمان كانت [أموالهم][1] عليه محظورة، فلم يَجز له مبايعتهم بالربا، كما أنَّ الحربي متى دخل إلينا بأمان فمالُه علينا محظور، فلا يجوز لنا مبايعته بالربا؛ لأنه مال مأخوذٌ بعقد، فلم يَجز أخذه بعقد فاسد؛ كالنكاح الفاسد إذا مهر فيه.

ولا ينتقض به إذا دخل؛ لأنَّ المال هناك مأخوذ بالدخول لا بالعقد.

وإذا ثبت هذا؛ فالحديث الذي يروونه مِن طريق مكحول مضطربٌ عند أهل النَّقل معلول.

على أنَّ الجواب عنه -لو ثبت-: أنه بالشهادة لنا أقرب، لأنَّ هذه الصيغة مفهومها إذا أطلقت في الشرع: تحريم المنفي بها؛ كما قال: «لا شِغَار في الإسلام»[2]، و«لا عَدْوَى، ولا طِيَرَة»[3]، مفهومه: تحريم ذلك ومنعه.

كذلك قوله: «لا ربا»، مفهومه: تحريمه في دار الحرب دون تصحيح العقد وإثباتِه غير ربا.

---

(1) في (ع): (أمواله)، والمثبت من الإشراف (2/ 468).

(2) أخرجه مسلم (1415) من حديث ابن عمر.

(3) أخرجه البخاري (5753)، ومسلم (2225) من حديث ابن عمر.

وقولهم: إنها دار إباحة، فإذا أرادوا في حقِّ الكفار [1]، وإنْ أرادوا في حقِّ المسلمين فلا.

ويوضِّح ذلك: أنَّ إطلاق القول بذلك غيرُ جائز؛ لأنَّ مال المسلم غيرُ مستباح لا في دار الحرب ولا في دار الإسلام، وكذلك مال المعاهَد إذا أُعطي أمانا عليه في أيِّ الدارين كان، والخلاف واحد في الموضعين.

ووجه آخر: أنها وإنْ كانت دار إباحة؛ فإنهما إذا قصدا فيها أخذ المال على وجه العقد؛ حمل على ما قصداه، وتعلَّقت به أحكامه على الوجه الذي أراداه، ولم يعدل به إلى جهة أخرى لم يقصداها.

ألا ترى أنَّ ذلك متى وقع منهما في دار الإسلام؛ حُمل على هذه الأحكام، وما يحمل على غير الوجه الذي قصده المتبايعان أنَّ الفضل مأخوذ على وجه الهبة والهدية، لتجويز ذلك بالتراضي، بل يُحمل على ما قصداه دون غيره، وبالله التوفيق.

فصل:

قد مضى الكلام فيما يتعلَّق بتحريم الربا مِن حيث التفاضل، ونحن الآن نبدأ الكلام فيما يتعلَّق الربا به مِن حيث النَّسيئة وحده دون التفاضل.

نقول -وبالله التوفيق-:

إنَّ علة تحريم التفاضل مع النَّساء -فيما لا يَحرم التفاضل في نقده- وهو اتفاق الغَرَض والمنافع في الجنس.

---

(1) كذا في (ع)، ولعل فيه سقط تقديره: (فمسلَّم).

فمتى اتفقت الأغراض والمنافعُ لم يجز بيع واحدٍ باثنين مِن النوع الذي اتَّفقتا فيه إلى أجلٍ على وجه، [ومتى][1] اختلفت جاز.

فإنْ كان الجنس واحد -وذلك كالغنم أنها صنف واحد- لا يجوز واحدٌ منها باثنين إلى أجل إذا اتفقت الأغراض فيها، إلا أنْ تكون شاة حلوب تُراد لغزارة لبنها، وذلك هو المقصود منها دون لحمها، فلا بأس أنْ يُسلَم في شاتين يقصد منها اللحم دون اللبن لاختلاف الأغراض.

وكذلك يجوز إسلام البازل مِن الإبل[2] -الذي يُراد للحمولة والراحلة- في قِلاصها[3] التي تُراد للحم.

وكذلك العبيد والإماء وسائر أنواع الحيوان والعُروض.

وإنْ كان الجنس واحد إذا اتَّفقا في الغرض والمنفعة لم يجز النَّساء في تفاضلها، وإنِ اختلفت جاز.

وقال أبو حنيفة: الجنسُ بانفراده علةُ منعِ بعضه ببعض نساءً[4].

وقال الشافعي: كل ما لا ربا في نقده فجائز بيع بعضِه [و/ 256] ببعض نَساء، جنسا كان أو جنسين[5].

---

(1) في (ع): (متى)، والمثبت من المعونة (2/ 995).

(2) هو الذي أتمَّ ثماني سنين ودخل في التاسعة، ويستوي فيه الذكر والأنثى. النهاية، المصباح المنير (بزل).

(3) في المعونة (2/ 995): «باثنين من القلاص».

(4) شرح مختصر الطحاوي (3/ 32).

(5) الحاوي الكبير (5/ 100).

فالكلام أولًا مع أبي حنيفة في تجويزنا بيع الواحد باثنين مِن صنف إلى أجل مع اختلاف الأغراض والمنافع، ومنعه مِن ذلك.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة 275].

وقوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29].

وفي حديث عبد الله بن عمرو بن العاصي: «أنَّ النبي ﷺ كان يجهِّز جيشا فنَفِدَت الإبل، قال: فأمرني أنْ آخذ بعيرا ببعيرين إلى إبل الصدقة»(1).

قالوا: هذا لم يكن على وجه المبايعة، وإنما كان على بيت المال، وإذا لم يكن في الذمَّة لم يكن مُحرَّمًا.

فالجواب: أنَّ ظاهره ابتياعٌ ومعاوضةٌ، وذلك لا يكون إلا في معيَّن أو معلَّق بالذمَّة، وذِكر إبل الصدقة إمَّا أنْ يكون على وجه الأجل أو على أنه يُفرض منها ما يؤدِّيه في ثمنه.

قالوا: ويحتمل أنْ يكون ذلك في دار الحرب، ولا حكم للربا هناك.

وهذا خلاف الظاهر؛ لأنَّ العادة مِن حال الجيوش أنْ تجهَّز في دارها لا في دار الحرب.

ثم لا فصل عندنا بين دار الحرب ودار الإسلام في منع الربا، بل لا تأثير

---

(1) أخرجه أبو داود (3357)، وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (4/ 1739): «وفي الإسناد ابن إسحاق، وقد اختلف عليه فيه، ولكن أورده البيهقي في السنن وفي الخلافيات من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، وصحَّحه».

[للأماكن][1] فيه.

وعلى أنه لمَّا أمره أنْ يبتاع بعيرا ببعيرين لم يفصل بين ابتياع ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام؛ فبطل ما قالوه.

ورَوى بعض أصحابنا عن عبد الله بن عمر: «أنَّ رسول الله ﷺ باع بعيرا ببعيرين نَساء»[2].

ورُوي عن علي -رضي الله عنه-: «أنه باع بعيرًا بعشرة أبْعِرَة إلى أجل»[3].

وعن ابن عمر: «أنه باع بعيرا له بأربعة أبعرة إلى أجل»[4].

ورُوي: «أنه ﷺ باع عبدا بعبدين إلى أجل»[5].

فأمّا مِن طريق العبرة؛ فلم أجد لأصحابنا علة محرَّرة فيه، لأنَّ طريق هذه المسألة الفرق بينها وبين [غيرها][6] اتِّفاق الأغراض، وذلك مِن باب الذرائع.

---

(1) في (ع): (للإمكان)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) لم أجده بهذا اللفظ، ولعله حديث عبد الله بن عمرو السابق؛ ذَكره بمعناه.

(3) أخرج مالك (2402) من طريق الحسن بن محمد بن علي عن علي: «أنه باع جملا له يُدعى عُصَيفِيرا بعشرين بعيرا إلى أجل»، قال ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1821): «وفيه انقطاع بين الحسن وعلي، وقد روي عنه ما يعارض هذا؛ روى عبد الرزاق من طريق ابن المسيب عن علي: «أنه كره بعيرا ببعيرين نسيئة»، روى ابن أبي شيبة نحوه عنه».

(4) أخرج مالك (2403) عن نافع: «أنَّ ابن عمر اشترى راحلة بأربعة أبْعِرة مضمونة عليه، يوفِّيها صاحبَها بالرَّبَذَة»، وعلَّقه البخاري في صحيحه بصيغة الجزم قبل الحديث (2228).

(5) أخرج أبو داود (3358) من حديث جابر: «أنَّ النبيَّ ﷺ اشترى عبدا بعبدَيْن»، وهو عند مسلم (1602) بنحوه.

(6) زيادة يقتضيها السياق.

إلا أنَّا نقول: إنَّ كل [عينين][1] لا يحرم التفاضل في نقدهما[2]، وهما على ضرب مِن اختلاف الصفة، تختلف به منافعهما وتتباين الأغراض فيهما، فإنَّ إسلام أحدهما في الآخر جائز؛ أصله: في الجنسين.

بيان ذلك: أنَّ الثور الذي يَصلح للعمل والحرث والدِّراس، فإنما يُراد لقوته وصنعته؛ الغرض به غير الغرض في المعلوف الذي يُطلب للحم.

وكذلك الشاة القليلة اللحم إذا كانت غزيرة اللبن كثيرة الحليب، فالغرض فيها يخالف الغرض في المسمَّنة للحم، وإحداهما تُطلب لمَا لا تُطلب له الأخرى، والعادة أنَّ إحداهما إذا بيعت على الوجه الذي تباع عليه الأخرى لم تبلغ نصف ثمنها.

وإذا صحَّ ذلك؛ جرى اختلاف الأوصاف بينهما -لو تباينت الأغراض فيهما- مجرى اختلاف الأجناس.

واحتجَّ أصحاب أبي حنيفة:

بما رُوي: «أنه ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نَسيئة»[3].

قالوا: ولا يخلو أنْ يكون ذلك للجنس، أو لأنَّ الحيوان لا يثبت في الذمَّة،

---

(1) في (ع): (عيدين)، والمثبت من المعونة (2/ 996).

(2) في المعونة: «في نقد أحدهما».

(3) أخرجه أبو داود (3356)، والترمذي (1237)، والنسائي (4620)، وابن ماجه (2270) من حديث الحسن عن سَمُرة بن جُندب، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح»، وقال البيهقي في الكبرى (5/ 472): «أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن البصري من سمرة في غير حديث العقيقة».

فلمَّا بطل أنْ يكون القسم الثاني لم يبق إلا الأول.

فالجواب: أنَّ هاهنا قسم آخر، وهو ما نقوله مِن اتِّفاق الغرض والمنافع، فيكون ذلك ذريعة إلى قرضٍ يجرُّ نفعًا.

وعلى أنَّ كلا منَّا تارك لظاهر الخبر، وحاملٌ له على التخصيص؛ لأنه لا خلاف بيننا [أنَّ][1] الجنسين غير مرادٍ به؛ فهم يحملونه على الجنس، ونحن نحمله على التفاضل فيه مع اتفاق الغرض، فلا فرق بيننا وبينهم.

قالوا: وفي حديث ابن عمر أنَّ سائلا قال: يا رسول الله، إنَّا نبيع الفَرَس بالأفراس، والنَّجيب بالنَّجائب، فقال: «لا بأس؛ إذا كان يدا بِيَد، ولا خيرَ فيه نَساءً»[2].

والجواب: أنَّا كذلك نقول؛ لأنَّ الأغراض في ذلك المنفعة، والمنفعة متقاربة، وقد أجبت عن الخبر الأول بأنَّ [و/ 257] ظاهره يوجب كون النَّسيئة مِن الطرفين، وذلك ممنوع؛ لأنه دَيْن بدَيْن.

فإنْ قيل: هذا يُسقط فائدة تخصيص الحيوان؛ لأنَّ الدَّيْن بالدَّيْن ممنوع في

---

(1) في (ع): (إلى)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) أخرجه أحمد (5885)، والطبراني في الكبير (13906)، من طريق أبي جناب عن أبيه عن ابن عمر، دون الشطر الأخير منه، وقال الألباني في الصحيحة (5/ 539) في أبي جناب: «اسمه: يحيى ابن أبي حية، قال الحافظ: ضعفوه لكثرة تدليسه، ووالده: أبو حية؛ مجهول».

وأما الشطر الأخير فهو جزء من حديث آخر؛ أخرجه الترمذي (1238)، وابن ماجه (2271)، من حديث جابر أن النبي ﷺ قال: «لا بأس بالحيوان اثنين بواحد يدًا بِيَد، ولا خير فيه نَساءً»، وقال الترمذي: «حديث حسن».

جميع أجناس المَبيعات.

قلنا: وكذلك حمله على دخول الأجل مِن أحد الطرفين مُسقِط لفائدة تخصيص الحيوان؛ لأنَّ كل جنس عندكم بِيع بجنسه نسيئة فإنه ممنوع.

قالوا: ولأنَّ الجنس أحدُ وَصْفي علة الربا، فوجب أنْ يحرم الأجل في الثمنين والمثمنين؛ أصله: الاقتيات عندكم، والكيل عندنا.

قالوا: ولا يلزم عليه إسلام الذهب في الحديد؛ لأنَّا قلنا: في الثمنين والمثمنين.

فالجواب: أنَّ المعنى في المقتات أنه تجمعه علة واحدة في تحريم التفاضل، فلذلك حرم دخول الأجل فيه، وهذا مخالف لمسألتنا؛ لأنَّ التفاضل غير محرم فيه.

وعلى أنَّا نقابلهم بمثل ما أوردوه، فنقول: لأنَّ الربا فرعان؛ تفاضل ونَساء، ثم كان الجنس بانفراده لا يؤثِّر في تحريم التفاضل؛ كذلك الجنس بانفراده لا يؤثِّر في تحريم النَّساء، والوصف الذي نُضمِّنه إليه هو اتفاق المنافع والأغراض مع التفاضل، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا الكلام على أصحاب الشافعي في تجويزهم التفاضل في الجنس نَساء مع اتِّفاقهم في المنافع والأغراض:

فإنهم استدلوا بالأخبار التي استدللنا نحن بها على أهل العراق.

وقالوا: لأنه جنس لا يحرُم التفاضل في نقده فلا يحرُم في نَسائه؛ أصله: إذا اختلفت الأغراض فيه.

والأصل عندنا في ذلك: أنَّ القول بالذرائع واجب، ومعناها قوة التهمة بالتطرُّق بالفعل الجائز إلى الممنوع، والاحتيال بالمباح إلى المحظور، فمتى وجدنا ذلك منعناه في الجائز، فإنْ سُلِّم لنا ذلك وإلا نقلنا الكلام إليه، وذلك مذكور في كتب الأصول، إلا أنَّا نُشير في هذا الموضع إلى يسير منه:

فأَحَدُ ما يدلُّ عليه: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرۡنَا﴾ [البقرة: 104]؛ وذلك أنَّ المسلمين يقولون: «يا رسول الله راعنا»، و«راعنا بسمعك»، وهذه الكلمة بالعِبرانية كلمة سَبٍّ، وكانت اليهود تتعمَّد أنْ تقولها له -عليه السلام-، وتقصد سبَّه بالعِبرانية، فمَنع الله المسلمين أنْ يقولوها -وإنْ كانت جائزة-؛ لأنه يُتطرَّق بها إلى أمر ممنوع ويُجعل ذريعة إليه(1).

ونحو ذلك: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ﴾ [الأنعام: 108]؛ فمنع مِن سبِّ آلهتهم وهو مباح؛ لئلَّا يصير طريق لهم إلى سبِّ إلهنا تعالى، وذريعةً إلى ذلك.

ويدلُّ عليه قوله ﷺ: «دَعْ ما يَريبُك إلى ما لا يَريبُك»(2)؛ وما قَويت التُّهمة

(1) ينظر: تفسير الطبري (2/ 373).

(2) أخرجه الترمذي (2518) والنسائي (5711) من حديث الحسن بن علي، وقال الترمذي: «حديث صحيح».

فيه أنه يُتذرَّع به إلى غيره هو ممَّا يَريب لا محالة؛ فوجب تركه.

ولأنَّ مخالفنا قال [ذلك][1] في عدَّة مواضع؛ منها قَرْض الجواري، قال: لأنه يكون ذريعةً إلى إباحة الوطء مِن غير عقدٍ ولا مِلك.

وإذا ثبتت هذه الجملة؛ فوجه الذريعة في هذا الموضع هو أنه يكون قَرضا يجرُّ نفعا:

كأنَّ [أحد][2] الرَّجلين يقول للآخر: «أقرِضْني فَرَسا أو ثوبا مِن صفته كذا، وأردُّ عليك مثله إلى شهر».

فيقول: «لا أفعل إلا بزيادة».

فيقول: «إنَّ الزيادة لا تحلُّ؛ لأنَّ القرض إذا جرَّ نفعا حرُم».

قال: «فلستُ أجعله قرضا، ولكن أبيعُك ثوبا بثوبين إلى شهر».

فإذا فعلا ذلك؛ حصل لهما غرضهما بانتقالهما إلى لفظ البيع، وبطل اجتناب النفع في القرض.

فإنْ قيل: [و/ 258] ما ظننَّا بالناس هذا الظن حصل منه بطلان أكثر البياعات؛ لتطرُّق مثل هذا التأويلات عليها.

قلنا: إنْ كانت التهمة تقوى في موضعٍ قوَّتها في هذا الموضع؛ فكذلك نقول، ولا يلزم على هذا إذا اختلفت الأغراض؛ لأنَّ هناك أمارة ظاهرة غير الغرض؛ لأنَّ الزيادة إنما تكون لغرضه الذي حصل له.

---

(1) في (ع): (ملك)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة من المعونة (2/ 997).

وكذلك الذي يبيع شاةً غزيرة اللبن بشاتين للحم؛ إنما يرغب في كثرة اللحم على اللبن، والذي باعه شاتين كان له غرض في اللبن، فلذلك زاده في العدد.

ومتى باعه شاة اللحم بشاتين للحم إلى شهر؛ فليس هنا غرض لأجله زاده أخرى ولا اختلاف منفعة بدل الزيادة فيها؛ فلم يبق إلا أنْ يكون أنه أسلَفَه إيَّاها، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والقمح والشعير والسُّلْت كجنس واحدٍ فيما يَحلُّ منه ويَحرُم).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر -رحمه الله-:

خالف أبو حنيفة والشافعي في ذلك فقالوا: إنَّ الحنطة والشعير جنسان يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا[1].

قالوا: لقوله ﷺ: «ولكن بِيعوا الذهبَ بالوَرِق والوَرِق بالذهب، والشعيرَ بالبُرِّ والبُرَّ بالشعير، يَدا بِيَد كيف شئتم»[2].

وقولِه: «لا بأس بالحنطة بالشعير، والشعيرُ أكثرهما، يدا بيد»[3].

(1) شرح مختصر الطحاوي (3/ 34)، الحاوي الكبير (5/ 120).

(2) أخرجه الشافعي في مسنده (1394)، وأصله عند مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت.

(3) أخرجه أبو داود (3349)، والنسائي (4563) من حديث عبادة بن الصامت، وأصله عند مسلم (1587).

قالوا: ولأنهما لا يقتاتان ببلد واحدٍ غالبا، فلم يكونا جنسا واحدا؛ كالتمر والزبيب.

قالوا: وقال الشافعي: وتقارب التمر والزبيب أشدُّ مِن تقارب الشعير والحنطة؛ لأنهما حلوان ويُخْرَصان ويُعشَّران، ومتقاربان في الثمن والمنفعة، ثم هما جنسان؛ فالحنطة والشعير أَوْلى[1].

ودليلنا:

قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مِثْلا بمِثْل»[2].

ورُوي أنَّ سعد بن أبي وقَّاص وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يَغُوث ومَعمَر بن عبد الله أرسلوا مَن يشتري لهم شعيرًا بطعام، ونهوه أنْ يزداد، فقيل لهم: إنه ليس مثلَه، فقالوا: «كان النبي ﷺ ينهى عن الطعام بالطعام إلا مِثلا بمِثْل[3]، وكان [طعامهم][4] يومئذٍ الشعيرَ»[5][6].

---

(1) الحاوي الكبير (3/ 268).

(2) ينظر ما بعده.

(3) لفظ الحديث عند مسلم وغيره: «الطعام بالطعام مثلا بمثل».

(4) في (ع): (طعام)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) أخرجه مسلم (1592) من حديث معمر بن عبد الله.

(6) دمج المصنف -رحمه الله- بين ثلاثة أحاديث:

الأول: مالك في الموطأ (2375) أنه بلغه أنَّ سليمان بن يَسار قال: فَني علفُ حمار سعد بن أبي وقَّاص فقال لغلامه: «خذ من حنطة أهلك، فابتَعْ بها شعيرًا، ولا تأخذ إلَّا مثلَه».

والثاني: أن عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يَغوث فَني علفُ دابَّته، فقال لغلامه: «خذ من حنطة أهلك طعامًا، فابتع بها شعيرًا، ولا تأخذ إلَّا مثلَه»، أخرجه مالك (2376).

والثالث: حديث معمر، وهو الذي أورد لفظه.

ولأنَّ تقارب الأغراض والمنافع في الشيء يصيِّره كالجنس الواحد، بدليل اتِّفاقهم في الحنطة [1] والعَلَس، والشعير والسلت، وإنِ اختلفت أسماؤهما وأجناسهما، وما بين الحنطة والشعير مِن التقارب أشد ممَّا بينهما وبين العلس، هذا مع اتِّفاقهما في المَنبت والمحصَد، وأنَّ أحدهما لا يكاد ينفكُّ عن الآخر.

فأمَّا روايتهم: «كيف شئتم يدا بيد»؛ فمعارَض بحديث سعد ومَعمَر، وحديثنا أحوَطُ وأبعدُ مِن الربا.

وقوله: «والشعير أكثرهما»؛ شرط متَّفقٌ على تركه.

والمعنى في التمر والزبيب تباين منافعهما، واختلاف الأغراض فيهما غالبا.

وما ذكروه: أنَّ تقارب التمر والزبيب أشدُّ مِن تقارب الحنطة والشعير؛ فإنَّ الأمر بالعكس منه، لأنهم [ضعفوا][2] أنْ يثبتوا تقارب الأغراض والمنافع، فلمَّا جاؤوا إلى التفسير ثبَّتوا التقارب في الأحكام والأثمان؛ لأنَّ اتِّفاقهما في الخَرص والتعشير لا اعتبار به في الجنسية.

وكذلك في الحلاوة؛ لأنَّ أغراض الناس تختلف في كل نوعٍ منها.

وليس كذلك حكم الحنطة والشعير؛ لأنهما متَّفقان في المنبت والحصاد، وأحدهما لا يكاد ينفكُّ مِن الآخر، ويقتات غالبا كاقتياته، فهو كالدُّون مِن الحنطة، وبالله التوفيق.

---

(1) في (ع): (والشعير)، وحذفها أليق بالسياق، وينظر: المجموع للنووي (10/ 78).

(2) في (ع) ما صورته: (ضمنوا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(والزَّبيبُ كلُّه صِنفٌ، والتمرُ كلُّه صِنفٌ). [و/ 259]

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

أمَّا كون أنواع كلِّ جنس مِن هذا في حكم جميعه؛ فلأنَّ الجنس يجمعهما، وتقارب المنافع.

وأمَّا كون الزبيب صنفا والتمر صنفا؛ فلأنَّ كل واحدٍ منهما منافعه مخالفة لمنافع الآخر ومباينة له، ولا تُراد لمَا تُراد الأخرى له، ولا توافقه أيضًا في نبات ولا اجتناء ولا إدراك، ولا يُخلط أحدهما بالآخر، ولا يصلح لمَا يصلح له بوجه، فوجب بذلك كون كل واحدٍ منهما جنسا على حدَتِه.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(والقطنيةُ[1] أصنافٌ في البيوع، واختَلَف فيها قولُ مالك، ولم يَختلِف قولُه في الزكاة أنها صنفٌ واحد).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

فوجه قوله: (إنها أصناف)؛ فلأنَّ كل نوعٍ منها يُراد لمَا لا يُراد له الآخر،

(1) القطنية: بكسر القاف وضمها -وقيل بالفتح أيضا- واحدة القَطَاني: الفول والحمّص والأرز والجلبان والترمُس واللوبياء والعدس ونحوها. تاج العروس (قطن)، مطالع الأنوار (5/ 353).

ألا ترى أنَّ العدس يَصلح لمَا لا يصلح له الباقلاء، وكذلك الحمَّص يَصلح لمَا لا يصلح له العدس[1]، إلا ما تقاربت منافعه، مثل: اللوبيا مع الحمَّص لاختلاطه به، فإنه كالصنف الواحد.

ووجه قوله: (إنها صنف)؛ فلأنَّ الغرض بجميعها واحد -وهو الطبخ-، وذلك يجعل الأصناف كالصنف لاتِّفاق الغَرض، وأنَّ أحدهما يُؤكل على الوجه الذي يؤكل عليه الآخر.

ولأنَّ أكثرها يُضمُّ بعضه إلى بعض في المنافع، وليس المُراعى افتراقهما في منافع خاصة، وإنما المُراعى عامَّة المنافع المرادة بها غالبا.

والقول الأول أَوْلى، وكذلك يجيء على هذا أنْ يختلف القول في الزكاة إذا اختلف في البيوع؛ لأنَّ الجنسية التي توجب الضم لمثلها تُحرِّم التفاضل.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولحومُ ذواتِ الأربع مِن الأنعام والوَحشِ صنفٌ، ولحومُ الطيرِ كلِّه صنفٌ، ولحومُ ذوات الماء كلِّه صنفٌ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ اللحوم متنوع عندنا ثلاثة أنواع على ما ذكره.

---

(1) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [42/ ب-أزهرية].

قال أبو حنيفة: هي أجناس مختلفة باختلاف أصناف الحيوان[1].

وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل هذا.

والآخر: أنَّ جميعها جنس واحد[2].

فالخلاف مع أبي حنيفة في جواز بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلا، [فمَنَعْناه وجوَّزه][3].

ومع الشافعي في جواز بيع لحم الإبل وجميع بهيمة الأنعام بلحم الطير والسمك متفاضلا، فجوَّزناه ومنعَه.

فالدلالة على أبي حنيفة:

قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مِثلا بمِثْل»[4]؛ فعمَّ.

ولأنه لحمُ حيوانٍ مِن بهيمة الأنعام؛ فلم يجز بيعه بلحم شيء مِن الحيوان المشارك له في هذا الوصف متفاضلا، أصله: إذا كان مِن نوعه، مثل: لحم الغنم بلحم الغنم متفاضلا.

ولأنَّ جنس ذوات الأربع لا يجوز التفاضل في بيع لحم بعضها ببعض؛ أصله: إذا كان مِن نوعه الخاص.

---

(1) التجريد للقدوري (5/ 2338).

(2) الحاوي الكبير (5/ 154).

(3) في (ع): (فمنعه وجوزناه)، والتصويب من الإشراف (2/ 459)، والمعونة (2/ 962).

(4) أخرجه مسلم (1592) من حديث معمر بن عبد الله.

ولأنَّ قولنا: «جنس» معنًى يختلف المقصود [منه][1]:

فتارة يرجع إلى اتِّفاقٍ في التسمية.

وتارة يرجع إلى اتفاقٍ في خِلقة وصورة.

وتارة يرجع إلى اتِّفاق حكمٍ مِن أحكام الشرع.

ألا ترى أنَّا نقول في الحيوان: «إنه جنس» لاتِّفاقه في هذا الاسم أو المعنى؛ فنقول في الضَّأن: «إنها جنس»، وفي المعز: «إنها جنس»؛ يرجع به إلى اتِّفاق كل واحدٍ مع نوعه في الخلقة والصورة.

ونقول في الإبل والبقر والغنم: «إنها جنس»؛ يرجع بذلك إلى اتِّفاقها في كثير مِن أحكام الشرع:

منها: أنها مسمَّاة ببهيمة الأنعام.

ومنها: أنها حيوان تجب فيه الزكاة. [و/ 260]

ومنها: أنها المُجزئ في الضحايا والهدايا.

وإذا كان الأمر كذلك؛ لم يكن لمخالفنا أنْ يعتبر معنى الجنسية في شيء يختاره إلا وكان لنا اعتباره بغيره؛ ما لم يَقم دليلٌ على اعتبار الجنسية في ذلك الوجه.

فإنْ قالوا: لأنَّ هذه اللحوم فروع لأصول هي أجناس؛ فوَجب أنْ تكون مختلفة الأجناس باختلاف أجناس أصولها؛ أصله: الثمار والأدقَّة والأخباز[2].

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) الأدقة: جمع دقيق، وهو الطحين. والأخباز: جمع خبز، [منح الجليل (5/ 13)].

وذلك أنه لا خلاف بيننا في أنَّ الإبل جنسٌ والبقر جنس والغنم جنس؛ بدليل أنَّ أحدها لا يضمُّ إلى الآخر في الزكاة.

والجواب: أنَّ هذا هو الدَّعوى التي ذكرناها؛ لأنه رجوعٌ بالتجنيس إلى معنى يتعلق بالدعوى، ولا يكون أحدهما بأَوْلى مِن الآخر فيه، فبَانَ بقولهم أنَّ البقر والإبل والغنم أجناسٌ مِن حيث لم يضمَّ بعضها إلى بعض في الزكاة، فيقال: إنها كلها جنس؛ لأنها جميعها بهيمة الأنعام.

ولأنَّ منع الضمِّ في الزكاة لا يمنع الجنسية، كما أنَّ وجوبه عندنا وعندهم لا يوجبها، ألا ترى أنَّا نَجمع بين الذهب والفضة وهما جنسان.

وعلى أنَّ الأحكام المتعلقة بالأعيان لا تجعل الاتفاقَ فيها أجناسا، كما أنَّ اختلافها فيها لا يخرج الجنس عن بابه.

ألا ترى أنَّ اتفاق الأموال الثلاثة في تعلق الزكاة بأعيانها لم يوجب أنْ يكونا جنسا واحدا، وكذلك امتناع إخراج بعض الحيوان مِن الجنس الواحد في الزكاة -كالسِّخال-؛ لا يوجب أنْ تكون مِن جنس الأمَّهات.

قال الجرجاني[1]: ولأنَّ اللحم مِن أجزاء الأصل، وقد اختلف الأصلان، وقد يختلفان في وجه ويتَّفقان في آخر.

وينتقض بلحم الضَّأن والمعز؛ لأنه جنسٌ والأصلان مختلفان.

فإنْ قالوا: بل هما متَّفقان؛ لأنَّ الكلَّ غنم.

---

(1) محمد بن يحيى بن مهدي أبو عبد الله الجرجاني، فقيه من أعلام الحنفية (ت398هـ).

قلنا: هما وإنِ اتَّفقا في ذلك مختلفان في الضَّأن والمعز، وعلى أنَّ الإبل والبقرَ متَّفقان في الوصف ببهيمة الأنعام.

قال: ولأنَّ الأصول مبنيةٌ على أنَّ ما كان مختلفًا في الأصل؛ فإنَّ تفريق أجزائه لا يخرجه عن الاتفاق إلى الاختلاف.

وهذا باطل بكثير مِن الأحكام: أوَّلها ثبوت الربا؛ فإنَّ ذلك يتعلق باللحوم وإنْ لم يتعلق بأصولها؛ فقد اتَّفقت اللحوم التي أصولها مختلفة في ذلك مع أصولها.

فإنْ قالوا: كل [شيئين][1] ثبت بينهم الاختلاف لم يصيرا بعد ذلك جنسا واحدا باختلاف الصفات عليها؛ أصله: الحنطة والذُّرَة.

وقد تكرَّرت المطالبة بمعنى هذا المحمل مِن الاختلاف والوِفاق.

ثم نقول: المعنى في الأصل -الذي هو الحيوان-: أنَّ الربا لا مدخل له فيه مِن جهة التفاضل، فامتنع لذلك أنْ يقال هو صنفٌ أو أصناف فيما يتعلق بالربا، لأنَّ ذلك مبنيٌّ على ثبوته فيه، وإذا صار لحما حرُم فيه التفاضل، وأمكن أن يُجَنَّس ويُنَوَّع ويُوَفَّق بينه في ذلك أو يخالف.

فإنْ قالوا: فعلى أي وجهٍ جنَّستم لحوم بهيمة الأنعام والوحش؟

قلنا: لتقارب الأغراض والمنافع فيها؛ لأنَّ الناس يأكلونها على حدٍّ متقارب غير مختلف اختلافًا مباينا، والله أعلم.

---

(1) في (ع): (شيء)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فصل:

فأمَّا الكلام على أصحاب الشافعي في قولهم: «إنَّ جميعها جنس واحد»، فاستدلوا:

بقوله ﷺ: «الطعام بالطعام مِثْلا بمِثْل»[1].

ولأنَّ اللحوم [يجمعها][2] اسم جمع خاص حال حصول الربا فيها؛ [فكان][3] جنسا واحدا، كالحنطة المختلفة الأنواع.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»[4]؛ و«الجنسية» هاهنا يريد بها [و/261] [تباين][5] الأغراض والمنافع، وقد ثبت أنَّ لحوم السمك ليس مِن [جنس][6] لحم الإبل؛ لأنهما لا يتَّفقان في منفعة [ولا][7] غرض، ولا يُؤكل أحدهما على الوجه الذي يُؤكل عليه الآخر، فوجب أنهما جنسان.

فإنْ قالوا: بل هما جنسٌ واحد.

قلنا: وكذلك العسل مِن جنس اللبن؛ بمعنى أنهما مأكولان، وكذلك اللبن

---

(1) أخرجه مسلم (1592) من حديث معمر بن عبد الله.

(2) في (ع) ما صورته: (متبعها)، والمثبت مما يأتي.

(3) في (ع): (وكان)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) أخرجه مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت. وفيه «الأصناف» بدل «الجنسان».

(5) زيادة من الإشراف (2/ 459).

(6) زيادة من المصدر السابق والمعونة (2/ 962).

(7) في (ع): (فلا)، والمثبت أليق بالسياق.

مِن جنس اللحم؛ بمعنى أنهما متولِّدان عن أصل واحد، وهذا لا يصير إليه مُحَصِّل، ومَن يقول إنَّ لحم الفرخ مِن جنس لحم الإبل والسمك؛ فالإعراض عن كلامه أَوْلى مِن الإقبال عليه.

فإنْ قالوا: فأنتم بأي شيء وفَّقتُم بين لحوم الوحش وبهيمة الأنعام؟

قلنا: بمعنىً يرجع إلى العادة، وهو أنَّ لحم الغزلان والأرانب تُقارب لحم الجِداء[1] والخِرفان.

وكذلك لحوم غنم الجبال -وهم الأراوي[2]- تقارب لحوم الضَّأن والمعز.

ووَفَّقنا بين لحوم الإبل والبقر بالمعنى الذي وَفَّق المسلمون به بين لحوم المعز والضَّأن، والجَواميس والبقر، وكانت النُّكتة في ذلك تَقاربَ الأغراض والمنافع.

والقول بأنَّ لحوم الطير مِن جنس لحوم الإبل والجَواميس خروجٌ عن العادة والعُرف.

وعلَّل بعض أصحابنا لحم السمك بلحم الطير متفاضلا، فقال: قد اتَّفقنا على جواز بيع اللبن بلحم الطير متفاضلا؛ فكذلك لحم السمك، والعلة فيه أنه طعامٌ لا يحتاج فيه إلى ذكاة بِيعَ بطعام شرطُه الذكاة؛ فجاز التفاضل فيه.

---

(1) الجِداء: جمع جَدْي، ولد المعز. تاج العروس (جدي).

(2) الأراوي: جمع أُرْوِيَّة، وهي الأنثى من الوعول الجبلية، وقيل: تطلق على الذكر والأنثى معا. تاج العروس (روي).

فأمّا الخبر؛ فمخصوصٌ.

[وقولهم](1) **في اللحم**: «إنه يجمعها اسم خاص»؛ فليس بمُسلَّم، لأنَّ اللحم اسم عامٌّ يجمع أجناسا مختلفة، كقولنا: «حيوان» و«ثمار» يقع على الأجناس المختلفة.

فإنْ قالوا: «الثمار» اسم عامٌّ؛ لأنه يدخل تحته أجناس مختلفة؛ لأنَّ التفاح جنسٌ غير المشمش، وكذلك الرُّطَب غير العنب.

قلنا: كذلك لحوم الجواميس غير لحوم الفِراخ.

قالوا: لأنَّ اسم اللحم يقع عليه.

قلنا: واسم الثمر يقع على جميع تلك الأنواع؛ إلا أنه لا يبقى أكثر مِن أنه أسماء الثمار، لكل واحدٍ منها اسم منفرد به و«اللحوم» انفرادُ أسمائها بإضافتها إلى أصولها، وهذا لا يؤثِّر في الغرض الذي نريده، وبالله التوفيق.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وما تَوَلَّد مِن لحوم الجنسِ الواحد مِن شَحمٍ فهو كلَحْمِه).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

هذا كما قال؛ الشحم والكبد والطِّحال والفؤاد والحُلقوم وما جرى مجرى ذلك حكمُه عندنا حكم اللحم، لا يجوز بيع شيء مِن ذلك

(1) في (ع): (فقولهم)، والمثبت أليق بالسياق.

[بلحمه][1] متفاضلا، وما عدا الشحم لا أعلم فيه خلافًا.

فأمَّا الشحم بلحمه؛ فحكى مَن عمل مسائل الخلاف عن الشافعي أنه لا بأس ببيعه باللحم متفاضلا على الإطلاق[2].

وعن أبي حنيفة: أنه أجاز ذلك في شحم البطن والإلية، ومنعَه في شحم الظهر[3].

واستدلَّ مَن أجاز ذلك في الجملة:

بأنهما جنسان مختلفان، بدليل لو حلف ألَّا يأكل أحدَهما فأكل الآخر لم يحنث.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «الطعام بالطعام مِثلا بمِثل»[4].

ولأنه نوعٌ مأكول مِن الشاة؛ فأشبَه اللحم.

ولأنَّ جميع جسد الشاة قد أُجرِيَ مجرى واحدا، ولم يخرجه اختلافُ أسمائه وأحواله مِن كونه لحما؛ بدليل اتِّفاقهم على ذلك في الكبد والكرش والطِّحال؛ أنه لا يجوز التفاضل بينه وبين اللحم.

وما ذكروه؛ غير مسلَّم، لأنه إذا حلف ألَّا يأكل لحما فأكل شحما حنثَ

---

(1) في (ع): (من لحمه)، والمثبت من التحرير والتحبير للفاكهاني (5/ 107) وشرح الهسكوري على الرسالة [43/ أ-أزهرية] نقلا عن المصنف.

(2) الحاوي الكبير (15/ 424).

(3) بدائع الصنائع (5/ 189).

(4) أخرجه مسلم (1592) من حديث معمر بن عبد الله.

عندنا.

ولأنَّ ذلك ينتقض بمَن حلف ألَّا يأكل [حَشَفا][1] فأكل بَرْنيا[2] أو زاد فإنه لا يحنث، ولا يدلُّ على أنهما [و/ 262] جنسان، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وألبانُ ذلك الصنفِ وجُبنُه وسَمنُه صنف).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ الألبان صنفٌ واحد لا يجوز التفاضل فيها لتقارب منافعها وأغراضِ الناس فيها؛ فكانت بخلاف اللُّحْمان.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَنِ ابتاعَ طعاما فلا يجوز بيعُه قبلَ أنْ يَستوفِيه، إذا كان شراؤه ذلك على وزنٍ أو كيلٍ أو عدد، بخلاف الجُزاف، وكذلك كلُّ طعامٍ أو إدام أو شراب؛ إلا الماءَ، وما يكون مِن الأدوية والزَّراريعِ التي لا يُعصَر منها زيتٌ؛ فلا يَدخلُ ذلك فيما يَحرُم مِن بيع الطعامِ قبلَ قَبضِه أو التفاضلِ في الجنس الواحدِ منه.

---

(1) في (ع): (حتفا)، ولعل المثبت أليق بالسياق، والحشف: أردأ أنواع التمر. مختار الصحاح (حشف).

(2) البرني: ضرب من التمر، أصفر مدوَّر، وهو من أجود التمر. لسان العرب (13/ 46).

ولا بأس ببيعِ الطعامِ القَرْضِ قبلَ أنْ يُستَوفى، ولا بأس بالشركة والتَّوْلِيَةِ والإقالةِ في الطعام المَكيلِ قبلَ قبضِه).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

أمَّا الطعام المبتاع بضربٍ مِن التقدير أو وزنٍ أو عددٍ فلا يجوز بيعُه قبل قبضه.

والأصل في ذلك: نهيُ النبي ﷺ عنه.

فرَوى مالك عن نافع عن ابن عمر أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَنِ ابتاعَ طعاما فلا يَبِعْه حتى يَستوفِيَه»[1].

ورَوى مالك عن عبد الله بن دينار عن [ابن عمر][2] أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَنِ ابتاعَ طعاما فلا يَبِعْه حتى يَقبِضَه»[3].

ورَوى مالك عن نافع عن ابن عمر قال: «كنَّا نبتاع الطعامَ في زمن رسول الله ﷺ، فيبعثُ علينا مَن يأمرنا بانتقاله مِنَ المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سوى ذلك قبلَ أنْ نبيعَه»[4].

ورَوى مالك عن نافع أنَّ حَكيم بن حِزَام ابتاع طعاما أمرَ به عمرُ بن الخطاب، فباعَ حكيمٌ الطعامَ قبل أنْ يَستوفِيَه، فسمع ذلك عمرُ بن الخطاب

---

(1) موطأ مالك (2356)، ومن طريقه البخاري (2126)، ومسلم (1526).

(2) في (ع): (أبي هريرة)، والتصويب من مصادر التخريج.

(3) موطأ مالك (2357)، وأخرجه البخاري (2133) ومسلم (1526) من طرق عن عبد الله بن دينار به، بلفظه.

(4) موطأ مالك (2358)، ومن طريقه مسلم (1527).

فردَّه عليه، فقال: «لا تَبِعْ طعاما ابتَعْتَه حتى تَستوفِيَه»[1].

وقوله: (إنَّ الإدام والأشربة في ذلك كالأطعمة):

[فلأنَّ][2] اسم الطعام يتناولها؛ فقد دخلت في عموم النهي.

وقوله: (إنَّ الماء خارج عنها):

فلأنَّ المقصود بالنهي في هذا الموضع الحراسةُ مِن العِينة، والماء ليس ممَّا يتشاح ويتنافس فيه؛ فلم يكن كسائر الأطعمة -وليس بقياس-، والصحيح أنه يجوز ذلك فيه.

واعلم أنَّ الشيخ أبا بكر ذكر عن ابن وهب عن مالك: أنه يجوز بيع الفواكه والبقول والخضروات قبل قبضِها[3].

وهذا يوجب أنْ يكون في المسألة روايتان:

إحداهما: المنع على الإطلاق.

والأخرى: تفصيل ذلك فيما عدا الفواكه والبقول والخضروات.

فوجه هذا القول: هو أنَّ هذا النوع مِن الأطعمة منخفضُ الحُرمة عن غيره ممَّا يَهُمُّ وتمسُّ الحاجة إليه، فلم يكن بمثابته، بدليل أنه يفارقه في تحريم التفاضل ووجوب الزكاة.

والظاهر أَولى[4]؛ لعموم الحديث.

---

(1) موطأ مالك (2359).

(2) في (ع): (ولأن)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) ينظر: التفريع (2/ 82)، والجامع لمسائل المدونة (11/ 388).

(4) في المعونة (2/ 969): «والأول أصح».

ولأنَّ النهي لأجل العِينة، وهذا يستوي فيه سائر الأطعمة.

ولأنه طعام؛ فأشبه المُقتات.

ولأنَّ انخفاض حُرمته عن المقتات في بعض الأحكام لا يوجب انخفاضها عنه في سائرها، ألا ترى أنه لا يجوز بيع بعضِه ببعض إلى أجل؛ كالمقتات، مِن حيث كان طعاما.

فأمَّا (الأدوية وما أشبهها) فلا يقع عليها اسم طعام، وإنما تتناول للحاجة، وليس اسم الطعام جاريا على ما يوجد له طَعم؛ لأنَّ ذلك يوجب أنْ [و/ 263] يسمَّى الطين والجص طعاما؛ لأنَّ له طَعما.

ولكنه اسمٌ لِمَا جرت العادة بأكله على وجهٍ مِن وجوه المأكل في العادة مِنَ الاقتيات أو الائتدام أو التفكُّه أو التحلِّي.

والسَّقَمونيا[1] [لم][2] تَجر عادة بأكله على بعض هذه الوجوه، فلم يتناوله اسم طعام، وكذلك في تحريم التفاضل فيه.

وكذلك بزر البصل والبِطِّيخ والقَرع وغير ذلك ممَّا يُزرع، فإنه في نفسه ليس بطعام، وإنْ كان إذا زُرع صار منه طعام، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا الطعام إذا اشتُري جزافا، فإنَّ بيعه جائزٌ وإنْ لم ينقله مِن مكانه.

---

(1) هو نبات يستخرج منه دواء مسهل للبطن ومزيل لدوده. المعجم الوسيط (1/ 437).

(2) في (ع): (بل)، والمثبت أليق بالسياق.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز[1]:

لقوله ﷺ: «مَن ابتاع طعاما فلا يَبِيعُه حتى يقبِضَه»[2].

ورُوي: «يَستوفِيه»[3].

فعمَّ الكيل والجزاف.

ولأنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يَجري فيه الصاعان[4].

وفي حديث ابن عمر: «إنَّا كنَّا نَبتاع الطعامَ على عهد رسول الله ﷺ، فيبعث مَن يأمرنا بانتقاله مِن المكان الذي ابتعناه فيه قبل أنْ نبيعَه»[5].

ولأنه مبيعٌ مأكول غير مقبوض؛ فلم يَجز بيعُه؛ [كالمكيل][6].

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: 275].

ورَوى أصحابنا مِن حديث أبي هريرة أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَنِ ابتاع

---

(1) عند الحنفية جائز أيضا، قال الطحاوي: «ومَن اشترى طعاما صُبرة فقبضَه، جاز له بيعه، نقلَه عن موضعه الذي ابتاعه فيه، أو لم ينقله»، شرح مختصر الطحاوي (3/ 60)، الحاوي الكبير (5/ 227).

(2) رواه البخاري (2133) ومسلم (1526[36]).

(3) رواه البخاري (2126) ومسلم (1526[32]).

(4) وتمامه: «صاع البائع وصاع المشتري»، رواه ابن ماجه (2228)، وقال البيهقي في الكبرى (5/ 514): «وقد روي ذلك موصولا من أوجه إذا ضم بعضها إلى بعض قوي مع ما سبق من الحديث الثابت عن ابن عمر وابن عباس في هذا الباب وغيرهما».

(5) رواه مسلم (1527).

(6) في (ع): (كالمقيل)، والمثبت أليق بالسياق.

طعاما كيلا فلا يَبِعْهُ حتى يستوفِيَه»[1]؛ فدلَّ على أنَّ ما عداه بخلافه.

ورواه ابن وهب عن عَمرو بن الحارث عن المنذر بن عُبيد المدني عن القاسم بن محمد عن [ابن][2] عمر: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى أنْ يبيعَ أحدٌ طعاما اشتراه بكَيْل حتى يَستوفِيَه»[3].

ولأنَّ الجُزاف إذا رفع البائع يدَه عنه فقد استقرَّ مِلك المشتري عليه، ولم يبق فيه حقُّ التَّوفية، بدليل أنَّ تَلَفَه يكون مِن المشتري، وإذا سقط حقُّ التوفية فيه واستقرَّ مِلك المبتاع عليه؛ جاز بيعه، كالمقبوض.

وإذا ثبت هذا؛ فالخبر لا يتناول الجزاف، لأنه قال: «حتى يقبضَه» و«يَستوفِيَه»، وهذا يفيد كونه متعلِّقا به حقُّ التَّوفية، والجزاف وقع مقبوضا؛ لأنه إذا ابتاع صُبرة فرفع البائع يدَه عنها فقد حصلت مقبوضة له، سواء نقلَها أو تركَها، وإنْ لم يرفع يده عنها؛ أجبر على ذلك، والمِلك مستقر للمشتري.

وعلى أنَّا لو سلَّمناه لخصَّصناه بدليلِ خطابِ[4] قولِهِ ﷺ: «مَن ابتاع طعاما كيلا»، على أن لا حاجة بنا إلى ذلك.

وكذلك نهيه عن بيع الطعام حتى يَجري فيه الصاعان يتضمَّن أنْ يكون

---

(1) أخرجه مسلم (1528)، وأحمد (8440)، وليس فيه لفظة: «كيلا».

(2) زيادة من مصادر التخريج.

(3) أخرجه أبو داود (3495) عن أحمد بن صالح، والنسائي (4604) عن سليمان بن داود والحارث ابن مسكين، ثلاثتهم عن ابن وهب به، بلفظه، وقال ابن عبد البر في التمهيد (13/ 329): «ضعفوا زيادة المنذر بن عبيد في قوله: طعاما بكيل».

(4) أي: مفهوم المخالفة.

مَكيلا؛ لأنَّ الجزاف ليس فيه صاع [محدود][1].

وحديث ابن عمر ليس فيه ذِكر الجزاف، ويحتمل الكيل؛ على أنه مجملٌ في رواية مالك، وقد فُسِّر مِن طريق آخر، وهو أنه قال: «كنَّا نتلقَّى الرُّكبان فنبتاع منهم الطعام»[2]، وذلك يكون كَيْلا في الغالب، ويحتمل أنْ يكون لشركتهم أهلَ السوق فيه.

والمعنى في الكيل؛ على البائع فيه حقُّ التوفية.

ولأنه غير متميِّز مِن مِلكه، والجزاف بخلافه، والله أعلم.

فصل:

وكلُّ طعامٍ مُلِك بعقد معاوضة فلا يجوز بيعه قبل قبضه؛ لأنه في معنى المشترى.

مِن ذلك: ما يُمْلَك أجرة في الإجارة، وقضاء مِن دَين، أو مهرا، أو صلحا عن دم عمد، أو خُلعا، أو مثلا لمتلَف كان مضمونا أو معيَّنا[3].

وكل طعام مُلك بغير معاوضة؛ فلِمن حصل له بيعُه[4] قبل قبضه، مثل أنْ يَرِثه أو يُوهب له أو يُتصدَّق به عليه.

فأمَّا مَن قرض طعاما فله أنْ يبيعه قبل أنْ يقبضه؛ لأنه ليس بمبتاع ولا في

---

(1) في (ع) ما صورته (محو)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) أخرجه البخاري (2166) من حديث ابن عمر.

(3) في المعونة (2/ 970): «لمتلف أو أرش جناية في مال مضمونا كان أومعينا».

(4) في المعونة: «فجائز لمَن ملكه بيعه».

معنى المبتاع، ولا يقال في القرض إنه عقد معاوضة.

فرع:

ومَن ابتاع [و/264] طعامًا فهو ممنوعٌ مِن أنْ يعاوض عليه قبل قبضه بوجهٍ ممَّا ذكرنا.

وليس بممنوع أنْ يتصدَّق به أو يهبه أو يخرجه عن ملكه بغير معاوضة.

وكذلك له أنْ يقرضه، لأنه ليس ببيع.

فرع:

إذا ابتاع طعاما فوهبَه قبل أنْ يقبِضَه أو أقرضه؛ فلا يجوز للموهوب والمُقرَض أنْ يبيعَه قبل أنْ يقبضه.

فإنْ قيل: ما الفرق بين هذا وبين أنْ يقبضه ثم يهبه، لِمَ قلتُم إنه يجوز للموهوب له أنْ يبيعه قبل قبضه ومنعتُم هنا؟

قلنا: الفرق بينهما أنَّ الطعام إذا بيع فلا يجوز أنْ تقع عليه عقدة بيع قبل قبضه.

ثم [إن][1] باعه الموهوب منه فقد وقعت عليه عقدة بيع قبل أنْ يقبض مِن البائع.

وليس المُراعى أنْ تقع عليه عقدة بيع مِن مشتريه أو ممَّن صار إليه عن مشتريه؛ [لأنَّ][2] في كِلا الحالين قد بيع قَبْل أنْ يقبض مِن بائعه، وليس كذلك

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (أن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

إذا قبضه ثم وهبه؛ لأنه لم تقع عليه عقدة بيع إلا بعد قبضه.

وتحرير هذه العلة أنْ نقول: لأنه طعامٌ بِيع ولم يُقبض فلم يجز أنْ يُباع؛ أصله: إذا باعه مشتريه.

وما أطلقناه في هذا فمرادنا المَكيل دون الجزاف.

فصل:

فأمَّا الإقالة والشركة والتولية في الطعام قبل قبضه فإنها جائزة؛ سواء كان مبيعا أو سلفا، نُقد أو لم يُنقد، حلَّ أجلُ السَّلَم أو لم يحل.

والدليل على جوازها في الجملة:

ما رُوي: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضِه، وأرخص في الإقالة والشركة والتَّولية»[1].

وقال: «مَن أقالَ مسلما صفقتَه أقاله الله عثرتَه»[2].

ولأنَّ ذلك رفق ومعروف لا يُقصد به المغابنة والمكايسة فجاز، وكان مستثنى مِن بابه؛ كاستثناء العرية مِن بيع الرُّطب بالتمر، والحوالة مِن

(1) أخرج الشطر الأول البخاري (2135)، ومسلم (1525) من حديث ابن عباس.

وأخرج الشطر الأخير منه أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب (198) بلفظ: «لا بأس بالتَّولية في الطعام قبل أن يُستوفى، ولا بأس بالإقالة في الطعام قبل أن يُستوفى، ولا بأس بالشركة في الطعام قبل أن يُستوفى».

(2) أخرجه أبو داود (3460)، وابن ماجه (2199) من حديث الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة، دون قوله: «صفقته»، وأصل الحديث في صحيح مسلم (2699) وليس فيه هذا اللفظ، وينظر علل الدارقطني (10/ 185).

باب[1] الدَّين بالدَّين.

فصل:

ومِن شرط جوازها أنْ يكون رأس المال لا زيادة [فيه][2] ولا نقصان؛ لأنه إذا كان أكثر مِن رأس ماله أو أقلَّ صار بيعًا ومتاجرة، وخرج عن باب رخصته، وصار ذريعة إلى بيع الطعام قبل قبضه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وكلُّ عقدِ بَيعٍ أو إجارةٍ أو كراءٍ بخَطَر أو غَرَر[3] في ثَمَنٍ أو مثمن أو أجلٍ فلا يجوز، ولا يجوز بيعُ الغَرَر، ولا شيءٍ مجهول، ولا إلى أجلٍ مجهول).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ لا يجوز بيع الغَرر في الجملة، لا أنْ يكون مثمنا ولا ثمنا لمبيع، ولا أجر في عقد منفعة.

والأصل فيه: نهيه ﷺ عن بيع الغَرر[4]؛ ينتظم وجوها:

منها: الجهل بالمبيع، مثل أنْ يقول: بعتُك ما في صندوقي أو بيتي أو ما

---

(1) في المعونة (2/ 971): (بيع) بدل (باب).

(2) زيادة من المعونة (2/ 971).

(3) الخطر: ما لم يتيقن وجوده، كقوله: بعني فرسك بما أربح غدا. والغرر: ما يتيقن وجوده وشك في سلامته، كبيع الثمار قبل بدوّ صلاحها. الثمر الداني (ص: 501).

(4) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

أشبه ذلك.

ومنها: الجهل بصفة المقصود منه وإنْ عُلمت عينه، وذلك كبيع المُلامسة والمنابذة.

ومنها: أنْ يكون ممَّا يتعذَّر تسليمه، وإنْ لم يكن مجهولا؛ كالمغصوب.

ومنها: ما يجمع الجهل بالصفة وتعذُّر التسليم؛ كالعبد الآبق، والجمل الشارد، والضالَّة، وما في بطون الإناث.

ومنها: ما يَجمع [عددَ][1] هذه الأوصاف إنْ وُجدت؛ كحَبَل الحَبَلة.

ومنها: ما يكون الغالب منها تلفه دون سلامته، وتردد الحال بين السلامة والتلف على منزلة لا تترجح السلامة عليه؛ فذلك أيضًا غَرر، مثل بيع الغائب الموصوف، وهو على مسافة يعلم أنَّ صفته تتغيَّر قبل الوصول إليه، أو يخاف [و/ 265] عليه التلف قبل تسليمه مِن مشتريه، وذلك [في][2] الثمرة قبل بدوِّ الصلاح؛ لأنه لا يدري أتسلَم أم تهلك، وتحمل أم تحول[3]، وقد نبَّه النبي ﷺ على هذا المعنى بقوله: «أرأيتَ إنْ منعَ الله الثمرة؛ فبِمَ يأخذ أحدُكم مالَ أخيه؟»[4].

ومنها: أنْ يقول: بعتُك هذا الكُرَّ مِن الطعام بسعر ما يبيع الناس، فهذا أيضا

---

(1) في (ع): (عدم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (مع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) الشجرة إذا لم تحمل عاما بعد أن كانت تحمل قيل: أخلفت وحالت تحول حيالا، وهي شجرة حائل. المخصص لابن سِيده (3/ 153).

(4) أخرجه البخاري (2198)، ومسلم (1555) من حديث أنس بن مالك.

غَرر، لأنَّ الناس يبيعون بالقليل والكثير، فلا يدري المشتري ما حصل له عوضا عن سلعته.

فهذا وما أشبهه ممنوع، ولا خلاف فيه، وإنْ كنَّا أغفلنا منه شيئا، ففي قدر ما ذكرنا تنبيهًا على ما أغفلناه.

ولا فرق بين الأجرة في الإجارات، والثمن في البياعات، ولا بين المنافع والأعيان، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز في البيوع: التدليسُ، ولا الغِشُّ، ولا الخِلابةُ، ولا الخَديعةُ، ولا كتمانُ العيوب، ولا خلطُ دَنِيٍّ بجيِّد، [ولا أنْ][1] يكتمَ مِن أمر سلعتِه ما إذا ذَكَرَه كَرِهَه المبتاعُ، أو كان ذِكرُه له أبخسَ له في الثمن).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

فهذا لأنَّ هذه الأمور ممنوعة في الدِّين؛ لأنَّ هذا ضربٌ مِن المَكْر والحيلة على الناس، وخَفر الأمانة، وتوصُّل إلى أخذ أموالهم بغير حقٍّ، وقد قال ﷺ: «مَن غشَّنا فليس منَّا»[2].

وقال لحَبَّان بن مُنقِذ -وكان يُخدَع في البيع-: «إذا بعتَ فقل: لا خِلابة»[3].

---

(1) في (ع): (ولأن)، والمثبت من متن «الرسالة».

(2) أخرجه مسلم (101) من حديث أبي هريرة.

(3) أخرجه البخاري (2117)، ومسلم (1433) من حديث ابن عمر، والخلابة: الخديعة.

وقال: «لا [تُصَرُّوا][1] الإبلَ والغَنم»[2][3].

وفي حديث واثِلة بن الأسْقَع في الذي ابتاع منه بعيرا، قال: فلقي واثلة يجرُّ رداءه، فقال: إنها لسمينة وافرة اللحم، فقلت: كذلك أريد، قال: فإنَّ بخُفِّها نَقبًا[4]، فقلت: أصلحك الله لمَ أفسدتها عليَّ؟ فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَن ابتاع مِن أخيه شيئا وكان في سلعته [شيء][5] فليُره إيَّاه»[6]، وهذا معنى الحديث دون لفظه.

وهذه الجملة قد أتت على ما ذكره، وبالله التوفيق.

---

(1) في (ع): (تصيروا)، والمثبت من مصادر التخريج، والتَّصرية: أنْ لا تُحلب الشاةُ أياما ليجتمع اللبنُ في ضَرعها للبيع. مختار الصحاح (حفل).

(2) أخرجه البخاري (2148) من حديث أبي هريرة.

(3) نقل كلام القاضي إلى هذا الموضع الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 124).

(4) نَقِب الخُف-كفَرِح- نَقَبا: تخرَّق. تاج العروس (نقب).

(5) زيادة يقتضيها السياق.

(6) أخرجه أحمد (16013) من طريق أبي جعفر الرازي عن أبي سباع قال: «اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع، فلما خرجت بها، أدركَنا واثلة وهو يجر رداءه، فقال: يا عبد الله، اشتريت؟ قلت: نعم، قال: هل بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها؟ قال: إنها لسمينة ظاهرة الصحة، قال: فقال: أردت بها سفرا، أم أردت بها لحما؟ قلت: بل أردت عليها الحج، قال: فإن بخفها نقبا، قال: فقال صاحبها: أصلحك الله، ما تريد إلى هذا تفسد علي؟ قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحل لأحد يبيع شيئا ألا يبين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك ألا يبين»».

قال ابن عبد الهادي في التنقيح (4/ 65): «أبو سباع: ليس بالمشهور، ولم أره في كتاب ابن أبي حاتم، وأبو جعفر الرازي: اسمه عيسى بن ماهان، وهو مختلف فيه»، ثم ذكر له شاهدا عند ابن ماجه، وقال: «هذا إسناد ضعيف».

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنِ ابتاع عبدا فوجدَ به عيبًا فله أنْ يَحبِسَه ولا شيءَ له، أو يَردَّه ويأخذَ ثمنَه، إلا أنْ يَدخلَه عندَه عيبٌ مُفسِد؛ فله أنْ يرجعَ بقيمة العيبِ القديم مِن الثمن، أو [يَرُدَّه][1] ويَرُدَّ ما نقصَه العيبُ عنده).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

الكلام في هذه المسألة في عدَّة فصول:

أحدها: أنْ يرى العبدَ قبل أنْ يتَّصف في العبد أو يحدثَ به عنده عيب، فهذا عندنا مخيَّر؛ إنْ شاء ردَّه ورجع بالثمن، وإنْ شاء حبسَه ولا شيء له.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه بذلَ مالَه على سلعة سليمة فليس يلزمه أنْ يأخذ مَعيبة.

ولأنَّ الجزء [العائب][2] قد أخذ البائعُ عوضَه، ولم يحصل للمشتري في مقابلة ذلك العوض ما يكون ثمنا له، وإذا كان كذلك كان له الرد والرجوع بالثمن.

فرع:

فإنِ اصطلحا على أنْ يَحبس السلعة ويأخذ الأرش فلهما ذلك.

قال أبو العباس ابن سُرَيج -مِن أصحاب الشافعي-: «ليس لهما ذلك؛

---

(1) في (ع): (يرد)، والمثبت من متن الرسالة.

(2) في (ع): (المعائب)، ولعل المثبت أليق بالسياق، وفي المعونة (2/ 1052): (الفائت).

لأنه خيار في مال، فلم يكن له إسقاطه بعِوَض؛ كخيار الشُّفعة»[1].

وهذا غلطٌ؛ لأنَّ ذلك حقٌّ للمشتري، فله أنْ يستوفيه -أعني: الردَّ والرجوع بالثمن-، وله أنْ يعاوِض على تركه.

وما ذَكره مِن خيار الشفعة شاهدٌ لنا، وله -عندنا- تركه إلى عِوض يأخذه.

الفصل الثاني: [و/266] وهو ما إذا أراد حبسها وأبى البائعُ أنْ يعطيه الأرش، وقال: إمَّا أنْ تردَّ وإلا فلا شيء لك، فالقول قول البائع؛ لأنَّ المشتري لا يستحقُّ الأرشَ مع إمكان الرد.

ويدلُّ عليه قوله ﷺ في المُصرَّاة: «فمَن ابتاعَها فهو بخَيْر النظرَيْن؛ إنْ شاء أنْ يمسكها أو يردَّها وصاعا مِن تمر»[2]، ولمْ يقُل: إنَّ له إمساكها وأخذ أرش النقص.

الفصل الثالث: وأمَّا إنْ فاتت عنده ببعض وجوه الفَوت فليس له الرد، وإنما له الأرش فقط؛ لأنَّ الردَّ إنما يكون له على وجهٍ لا يلحق الضرر بالبائع.

ولأنَّ الثمن لا يستحقُّه إلا مع إمكان الردِّ دون فواته، وذلك مثل العتق والكتابة والهبة والاستيلاد أوالموت، أو ما أشبه ذلك ممَّا يئس معه مِن الردِّ أو الاستدراك، والبيع مختلفٌ فيه.

---

(1) ذكر الماوردي أن هذا القول هو ظاهر مذهب الشافعي، وأن ابن سريج يقول بالجواز. ينظر: الحاوي الكبير (5/ 248)، والبيان للعمراني (5/ 288).

(2) أخرجه البخاري (2150)، ومسلم (1515) من حديث أبي هريرة.

الفصل الرابع: هو أنْ يعلم بالعيب بعد تصرُّفه في المَبيع بقطع الثوب، أو بعد حصول عيب بالمَبيع عنده؛ مثل ذهاب عين العبد أو قطع يده أو ما أشبه ذلك؛ فهذا عندنا ليس بفَوت، وهو مخيَّر، إنْ شاء ردَّ وما نقص، وإنْ شاء حبس وأخذ الأرش فقط دون الرد.

وقال أبو حنيفة والشافعي: ذلك فَوت، وليس له إلا أخذ الأرش فقط دون الرد[1].

قالوا: لأنه نقصٌ حادث في يد المُبتاع لا لاستعلامِ عيبٍ؛ فوجب أنْ يمنع الرد بالعيب؛ أصله: إذا قطع المشتري بنفسه يدَ العبد.

وقولهم: «لا لاستعلامِ عيبٍ»؛ احترازا مِن حلب المُصرَّاة.

قالوا: لأنَّ في ذلك إزالة الضرر بضرر؛ لأنَّ البائع يقول: إنَّ المَبيع خرج مِن مِلكي بعيبٍ واحد فلا يلزمني قبوله بعَيْبَيْن.

قالوا: ولأنَّ الحقَّيْن إذا تعارضا، وكان أحدهما يؤدي إلى تصحيح العقد والآخر يؤدي إلى فسخه؛ كان تقديم ما يؤدي إلى تصحيحه أَوْلى.

وهذا الذي قالوه ليس بصحيح.

ودليلنا:

أنَّ في منع المبتاع [الرد][2] بحدوث العيب عنده إلزامه قبول سلعة مَعيبة مِن غير رضا منه بالعيب ولا تَعَدٍّ منه، فلم يلزمه ذلك؛ أصله: إذا لم يحدُث

(1) التجريد للقدوري (5/ 2449)، الحاوي الكبير (5/ 248).

(2) زيادة من الإشراف (2/ 483).

بها شيء[1].

ولأنَّ الحَقَّين إذا تعارضا كان تقديم حقِّ المشتري أَوْلى؛ لأنَّ البائع لا يخلو:

أنْ يكون عَلِم بالعيب؛ فقد دلَّس ودخل على [أنَّ][2] المَبيع مردودٌ عليه لا محالة.

[أو][3] أنْ يكون لمْ يَعلم به؛ فذلك تفريطٌ منه وتقصير، فلم يلزم المشتري شيء، وكان البائع أَوْلى بالحمل عليه.

وإذا ثبت هذا؛ [فقياسهم][4] غير مسلَّم؛ لأنه لا فرق عندنا بين أنْ يكون ذلك العيب بفعلٍ مِن المشتري أو بغير فعلِه.

والوصف لا يُؤثِّر؛ لأنه لو حلب المُصرَّاة لا لاستعلامِ عيبٍ لكان حكمه حكم مَن حلبَها للاستعلام.

وقولهم: «إنَّ ذلك إزالة ضررٍ بضرر»؛ غلطٌ، لأنَّا لسنا نردُّ العيبَ الحادث إلا بعد أنْ يدفع إليه الأرش؛ فأيُّ ضررٍ هاهنا.

واحتجاجهم بالبائع بأنه يقول: «إنَّ المبيع خرجَ عن مِلكي بعَيب فلا يلزمني أخذه بعيبَيْن»، مُقابَلٌ بمثله للمشتري، وهو يقول: «أَنَا بذلت الثمنَ

---

(1) في الإشراف: (عيب).

(2) زيادة من الإشراف.

(3) في (ع): (و)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع) ما صورته: (فممابينهم)، والمثبت أليق بالسياق.

على سلعة سليمة فلا يلزمني أخذ مَعيبة».

و[قولهم][1]: «إذا تعارض الحقَّان كان تقديم ما [يُصحِّح][2] العقد معه أَوْلى»، عنه جوابان:

أحدهما: أنَّ هذا حكمُ ما يتعارض، وعندنا أنهما ما تعارضا؛ لأنَّ حكم الردِّ ثابت للمشتري قبل حدوث العيب وبعده.

والثاني: أنَّ ذلك ليس يجب في كل موضع؛ لأنَّ هذا بطل بتقارُرهما بالعيب، وادَّعى البائع أنَّ المبتاع رضي به، فلا نجعل [و/267] القول قول البائع؛ لأنَّ فيه سلامةَ العَقد.

وكذلك إذا اختار أحدُهما في خيار الشرط أنْ يرد، واختار الآخرُ أنْ يمضي؛ فلا يجعل القول قول مختار الإمضاء؛ لأنَّ فيه سلامةَ العَقد، وكذلك هاهنا، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ رَدَّ عبدًا بعَيبٍ وقد استَغلَّه فله غَلَّتُه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

والأصل في ذلك: ما رُوي أنَّ رسول الله ﷺ قضى أنَّ الخَراج بالضَّمَان[3]،

---

(1) في (ع): (قوله)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (يصح)، والتصويب مما سبق.

(3) أخرجه أبو داود (3508)، والترمذي (1285)، والنسائي (4490)، وابن ماجه (2242)، وقال =

ومعنى ذلك أنَّ المَبيع إذا كان في ضمان المشتري فغلَّته له.

ومعنى كونه مضمونا عليه أنه إنْ تلف حُكم بتلفه مِن ماله.

وإذا كان هذا؛ لو تلفَ قبل ردِّه لتلف مِن مال المشتري، وجب إذا ردَّه أنْ يكون الخَراجُ له.

فإنْ قيل: يُنتقَض بالغاصب؛ لأنه ضامنٌ، وعليه غُرم الخَراج للمالك.

قيل له: الضَّمان الذي أراده صاحب الشريعة ضمان المِلك، وهذا ضامنٌ بالغصب والتعدِّي، فإذا حدث في مِلك الضامن بالمِلك فهو له بضمان الملك؛ لأنه حادثٌ في ملكه، وليس كذلك الغاصب، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والبيعُ على الخِيار جائزٌ إذا ضَرَبَا لذلك أجَلًا قَريبًا إلى ما تُختَبرُ فيه تلك السِّلعةُ، أو ما تكونُ فيه المَشُورةُ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

أمَّا تجويزه البيعَ بشرط الخيار فلا خلاف فيه في الجملة.

ثم الذي يدلُّ عليه قوله ﷺ: «إلا بَيعَ الخِيار»[1]؛ فأخبر أنَّ مِن البيع ما يكون فيه الخيار.

أحمد بن حنبل: «ما أرى لهذا الحديث أصلا».[الجامع لعلوم الإمام أحمد (15/ 26)]

(1) شطر من حديث أوله: «المُتبايعانِ كلُّ واحدٍ منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يتفرَّقا»، أخرجه البخاري (2111) ومسلم (1531) من حديث ابن عمر.

ورُوي: «إلا أنْ يكون صفقتُه صفقة خِيار»[1].

وقوله لحَبَّان بن مُنقِذ -وذُكر له أنه يُخدع في البيع-: «إذا بعتَ فقُل لا خِلابة، ولك الخيارُ ثلاثا»[2].

ولأنَّ الإنسان قد لا يَختبر ما يبتاعه ويحتاج إلى تأمُّله واختباره وليتثبَّت فيه ليعلم هل يصلح له أم لا، وهل يساوي الثمنَ الذي ابتاعه به أم لا؛ فجعل له اشتراط الخيار رفقا به.

ولا يلزم عليه النكاح؛ لأنه وإنْ كان الإنسان قد يحتاج إلى اختبار الزوجة أكثر مِن حاجته إلى اختبار السلعة؛ لأنَّ موضوع البياعات على المغابنة والمناجزة، وموضوع النكاحِ على الأُلفة والمواصلة، فافترق لذلك موضوعهما.

فإذا ثبت هذا؛ فيجوز أنْ يشترط كل واحدٍ مِن المتبايعين الخيار لنفسه، ويجوز أنْ يشترط أحدهما مِن البائع والمبتاع.

والدليل على هذه الجملة: قوله ﷺ: «إلا بيع الخيار»؛ فأَطلق.

وقوله لحَبَّان: «ولكَ الخيارُ ثلاثا»؛ ولم يفرِّق أنْ يكون بائعا أو مبتاعا.

ولأنَّ الخيار وُضِع للتأمُّل والاعتبار، وكل واحدٍ منهما يحتاج مِن ذلك إلى ما يحتاج إليه الآخر؛ فجاز اشتراطهما أو أحدهما له.

---

(1) رواه أبو داود (3456)، والترمذي (1247)، والنسائي (4483)، من حديث عبد الله بن عمرو، دون قوله: «صفقته»، وقال الترمذي: «حديث حسن».

(2) رواه ابن ماجه (2355)، وينظر تخريجه في نصب الراية للزيلعي (4/ 6-7)، والتلخيص الحبير لابن حجر(4/ 1781-1782)، والسلسلة الصحيحة للألباني (2875).

فإذا ثبت هذا؛ نُظر، فإنْ شرَطه أحدهما وَقَفَ الإمضاءُ أو الفسخُ عليه دون مَن لم يشترط، لأنَّ حقَّ الخيار متعلقٌ لمَن شرطه منفردا به.

وإنْ شرطاه معا؛ لم يتمَّ البيع إلا باجتماعهما على فسخٍ أو إجازةٍ، لأنَّ الحقَّ في هذا الموضع ثابتٌ لهما، وأنْ لا يَسقط حقُّ أحدهما إلا بأنْ يُسقطه هو.

فإنِ اختارا الردَّ أو الإمضاء؛ جاز.

وإنِ اختلفا فاختار أحدُهما الردَّ واختار الآخر الإمضاء؛ فالقول قول مَن اختار الرد، لأنَّ المختارَ للإمضاءِ منهما مُسقط لحقِّ نفسه مِن الفسخ، فيلزم ذلك في حقِّ نفسه، وحقُّ [و/ 268] الآخر ثابت لا يسقط بإسقاط الآخر لحَقِّ نفسه.

فصل:

أمَّا قوله: (إذا ضربَا لذلك أجلا قريبا إلى ما تُختبَر فيه تلك السِّلعة)؛ فالكلام فيه في أربعة فصول:

أوَّلها: أنه لابدَّ مِن ضرب الأجل.

والثاني: أنه غير محدَّد بيوم أو يومين أو ثلاثة حدًّا لا يُتجاوز، وإنما هو بحسب ما يحتاج إليه مِن تأمُّل المَبيع واختباره.

والثالث: الزيادة على ذلك ممنوعة غير جائزة.

والرابع: أنهما إنْ شرَطا الخيار ولم يضربا أجلا فالبيع صحيح، ويضرب للسلعة أجل الخيار في مثلها.

فأمَّا الأول: وهو أنه ما لابُدَّ مِن ضرب الأجل؛ فلِيَنتَفِي الغرر عن البيع، ويَعلَم كل واحد مِن المتعاقدين ما يلزمه للآخر؛ لأنَّ أصل الخيار غررٌ، وإنما أُجيز منه ما تدعو الحاجة إليه؛ فوجب أنْ يكون معلوما.

ولأنَّ الأخبار الواردة بالخيار مقيَّدةٌ بذِكر الأجل؛ وجب كونه شرطا فيه.

فصل:

فأمَّا قوله: «إنَّه على حسب ما يحتاج إلى اختبار المَبيع في مثله مِن المدَّة»؛ فالخلاف فيه مع أبي حنيفة والشافعي؛ لأنهما يقولان: «لا يجوز اشتراط الخيار [زيادة][1] على ثلاثة أيام على وجه»[2].

ودليلُنا:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275].

وقوله: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

ولأنها مُدَّة يُحتاج فيها إلى اختبار المَبيع؛ فجاز اشتراطها في الخيار، أصله: الثلاثة الأيام.

فإنْ قيل: لا نعلم أنَّ في المبيعات ما يُحتاج في اختباره إلى أكثر مِن ثلاثة أيام.

قيل له: هذا يبطل مِن وجوه:

أحدها: أنكم إذا لم تُسلِّموا ذلك فقد أَحلتُم المسألة، والكلام فيها مبنيٌّ

---

(1) في (ع): (زايدة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) شرح مختصر الطحاوي (3/ 13)، الحاوي الكبير (5/ 65).

على صحَّتها ونفي إحالتها.

والثاني: أنَّ العادة تنفي ما قالوه؛ لأنَّ المبيعات تختلف في المدَّة التي تختبر في مثلها:

كالثوب الذي يُختبر بأَنْ يُلبس للوقت.

والدابَّةِ التي تُختبر بالركوب والسَّير عليها.

والأمَة والعبد الذي يُحتاج إلى اختبارهما في القوة على الخدمة والأخلاق، فيُحتاج إلى ضرب مدَّة زائدة على ما قدَّمناه.

فالمانع مِن ذلك خروج للعادة[1].

والثالث: أنَّ قائل هذا لا ينفصل مِمَّن منع [المحفَّلة][2] في الثلاث وزيادة على اليوم، فالطريق الذي يثبتونه في ذلك نثبتوه[3] نحن فيما فوقَه.

فإنْ قيل: المعنى في الثلاث أنه غررٌ يسير، وما زاد عليها غررٌ كثير.

قيل له: هذا بعينه موضع الخلاف؛ يجب أنْ يُنظر في الغرر الذي يدَّعونه، هل يرجع إلى نفس الخيار أو إلى مدَّته؟

[فإنْ][4] كان راجعا إلى نفس الخيار؛ فقد اتَّفقنا على جوازه مع وجود هذا المعنى فيه.

---

(1) في المعونة (2/ 1045): «وفي قَصرها على مدة محصورة إبطال لفائدته».

(2) في (ع): (الحلفة)، ولعل المثبت أليق بالسياق، والمحفلة هي المصراة، وهي ما حُفِّل -أي: جُمع- لبنها في ضرعها بترك حلبها ليغتر بها المشتري.

(3) كذا في (ع).

(4) في (ع): (وإن)، والمثبت أليق بالسياق.

وإنْ كان راجعا إلى مُدَّته؛ فلا فصل بين مُدَّعي ذلك في اليوم الرابع والثالث.

فإنْ قيل: لا يجوز اعتبار ما فوق الثلاث بالثلاثة؛ لأنَّ أصل الخيار غَرر، وإنما استُثني منه هذا القدر، وما خرج عن أصله وخُصَّ مِن بابه؛ فلا يجوز القياس عليه.

قيل له: إنْ أردت أنَّ هذا القدر مستثنى منه لنفسه؛ فغير مسلَّم، لأنَّ المستثنى منه ما يحصل منه الغرض المقصود، وهو ما يُمكِن في مثله الاختبار والتأمُّل.

وعلى أنَّ هذا لا يصحُّ لأصحاب الشافعي؛ لأنهم يُثبتون خيار المجلس، ولا يُفرِّقون بين امتداده إلى الثلاثة أو أكثر منها.

وقد علمنا أنَّ الغَرر إذا كان يرجع إلى المُدَّة لم يتعلَّق بأنْ يُشترط في العقد أو يكون مقتضاه.

ولأنَّ الخيار إنَّما وُضع لتأمُّل المبيع واختباره، وذلك يقتضي أنْ تختلف مدَّته باختلاف المبيع والحاجة إلى تأمُّله، ولا يجوز أنْ يكون موضوعا لشيء [و][1] مستثنى مِن الغرر لمعناه ثم [و/ 269] تُضرب له مدَّة لا يستفاد فيها ذلك المعنى[2].

---

(1) زيادة من الإشراف (2/ 439).

(2) في الإشراف: «لا يجوز أن يكون موضوعا لمعنى ومستثنى من الغرر لأجله، ثم يكون مدة لا يستفاد بها ما أريدت لأجله».

فإنْ منعوا أنْ يكون مِن المَبيع ما يحتاج إلى اختباره زيادة على ثلاثة أيام كالآجال[1]؛ لأنه لا خلاف أنَّ مَن باع سلعةً بدَيْنٍ إلى أجل، فإنَّ الأجل يجوز أنْ يكون ثلاثة أيام أو أقلَّ وأكثر؛ كذلك الخيار.

فإنْ قيل: لا يجوز اعتبار مدَّة الخيار بالآجال؛ لأنه لا يخلو أنْ يعتبر بالآجال في الإطلاق ورفع التحديد أصلا، أو في مقدار مُدَّته:

[فإنْ][2] كان لرفع أصلِ التَّحديد؛ فقد اتَّفقنا على خلافه، لأننا نتَّفق على [أن][3] مدَّة الخيار محدودة في الجملة، وإنِ اختلفنا في مقدارها هل تتعلق بالثلاثة أو ما تدعو الحاجة إليه؟

وإنْ كان لنفي مُدَّةٍ ما يُقدَّر بها؛ فذلك يتضمَّن ثبوت التحديد في الأصل، لأنَّ الكلام في مدَّة الحدِّ فرعٌ على ثبوته.

فالجواب: مِن الآجال عندنا ما يتحدَّد بمدَّة؛ على ما نقوله في السَّلَم: إنَّه لا يجوز إلا على مدَّة تتغيَّر في مثلها الأسواق، فالقياس على هذا النوع مِن الآجال.

ثم لو لم نَقُل ذلك لم يَمتَنِع القياس؛ لأنَّا وإنْ نفينا جملةَ التحديد في الآجال فقد اتَّفقنا على أنه لابُدَّ مِن مدَّةٍ معلومة ليخرج بها عن الغَرر والجهل،

---

(1) الظاهر أن في هذا الموضع سقطا في (ع)، وفي الإشراف (2/ 524): «ولأنها مدة ملحقة بالعقد؛ فجاز أن يزيد على ثلاثة أيام، كالآجال».

(2) في (ع): (وإن)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) زيادة يقتضيها السياق.

كما اتَّفقنا في الخيار أنه لابدَّ مِن مدَّةٍ مضروبة ليخرج عن الغَرر والجهل؛ فيبطل ما قالوه.

واحتجَّ مَن خالفنا: بنهيه ﷺ عن بيع الغرر[1]، والبيعُ المشترط فيه خيار ما زاد على ثلاثة أيام [غرر][2].

فالجواب: أنَّ هذا بعينه موضع الخلاف؛ فيجب أنْ يَدُلُّوا عليه، على أنه يبطل على أصل الشافعي بخيار المجلس؛ لأنه قد يمتدُّ إلى ثلاثة أيام، ومع ذلك فليس بغَرَر عندهم، ثم لا فصل ممَّن قال: إنَّ اشتراط الثلاثة الأيام غررا.

فإنْ قالوا: الفصل بين ذلك ورود الشَّرع بالثلاثة دون ما زاد عليها.

قلنا: هذا أيضًا غير مُسلَّم؛ لأنَّ الشرع لم يرد بالثلاثة لنفسها، ولكن ليُنبِّه عن المدَّة الَّتي يُحتاج إلى اختبار المَبيع في مثلها.

قالوا: ولمَا رُوي في حديث حَبَّان بن مُنقِذ أنه كان يُغبَن في المَبيع ويخدع، فشكى أهلُه إلى النبيِّ ﷺ؛ فنهاه، فقال: لا أصبر، فقال: «إذا بعتَ فقل: لا خِلابة، ولك الخيار ثلاثا»[3] ففيه دليلان:

أحدهما: أنَّه جعل ذلك رفقا به، فلو كان الخيار يمتدُّ زيادة على ذلك لبيَّنه له.

---

(1) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

(2) في (ع) ما صورته (يجوز)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) تقدم تخريجه (ص: 138).

والثاني: أنَّه حدَّ الخيار بالثلاثة، والحدود إنما تُضرب في الشرع لأحد أمرين؛ إمَّا لمنع الزيادة عليها أو لمنع النقصان منها، فلمَّا ثبت أنَّ النقصان في هذا الموضع جائزٌ ثبت أنَّ الزيادة غير جائزة.

فالجواب: أنَّ حَبَّانًا مخصوص بذلك، بدليل أنه جعل له الخيار بمقتضى العقد، شرَطه أو لم يشترطه، فلا يصحُّ أنْ يُجعل أصلا في غيره.

ولأنَّ حَبَّانًا لم يكن مِن أهل الاختبار والتأمُّل، ولذلك كان يَكثر غبنه، ولهذا نهاه عن البيع، فقال: «لا أصبر»، [فضرب][1] له مدَّة معيَّنة لا تتغير؛ طريقا إلى حفظ ماله، ولو وكله إلى الاختبار -وليس مِن أهله- لكان الغبن باقيا.

وقولهم: إنَّ الحدود تُضرب لمنع الزيادة عليها أو النقصان منها؛ فذلك في الحدود [و/ 270] العامَّة، فأمَّا الشيء المخصوص فلا يتعدَّى به غيره.

فإنْ قيل: ولمَ زعمتم أنَّ حَبَّانا مخصوص بذلك؟

قلنا: لِمَا ذُكر في الخبر مِن السَّبب الذي جعل له الخيار مِن أجله، فالظاهر مِن الأحكام المتعلقة بالأسباب؛ فارتباطها بها، وألا يُعدَّى بها غيرها إلا بدليل.

ثمَّ لو ثبت عمومه؛ لكان مُرتَّبا على ما ذكرناه مِن الاعتبار.

قالوا: ولقوله ﷺ: «مَنِ ابتاع مُصرَّاة فهو له الخيار[2] ثلاثة أيام»[3].

---

(1) في (ع): (ضرب)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في صحيح مسلم: «فهو فيها بالخيار». وفي رواية أخرى: «فهو بالخيار».

(3) أخرجه مسلم (1524) من حديث أبي هريرة.

والجواب: أنَّ طريق المُصرَّاة طريق الردِّ بالعيب، فقد اتَّفقنا في الردِّ بالعيب أنه لا يقف على ثلاثة أيام.

ثم نقول: إنَّ المُصرَّاة لا يحتاج اختبارها إلى زيادة على ثلاثة؛ فلذلك علَّقه بها.

قالوا: ولأنَّ الخيار معناه يمنع طلب الفضل بالمقصود بالعقد، فوجب إذا شُرط مع استغناء العقد عنه ألا يصح؛ أصله: إذا قال: «بعتُك على أنَّ لك الخيار متى شئت»، وبيانُه: أنَّ المقصود مِن المَبيعات الأرباح، وثبوت الخيار يمنع هذا؛ لأنه لا يمكن التصرُّف في المبيع معه، ولا يدخل عليه خيار الثلاثة؛ لأنَّ الحاجة تدعو إليه.

فالجواب: بأنَّ وصفهم الخيار بأنَّه معنى يمنع طلب الفضل المقصود بالعقد، أو أنَّ شرطه مع استغناء العقد لا يصح؛ أنَّ رُجوعَه به إلى أصل الخيار لا معنى له؛ لأنَّ العقد مُستغني عنه جُملةً، وإنْ رجعوا بالاستغناء إلى تأمُّل المبيع واختباره قلنا بموجبه، ولكنْ يجب أَنْ يُبيِّنوا نفي الحاجة في الزيادة على الثلاثة.

وعلى أنَّ هذا يبطل على أصلهم باشتراط الثلاثة؛ لأنَّ ذلك يجوز عندهم فيما يختبر بأقلَّ منها.

ثم المعنى في الأصل هو قوله: «على أنَّ لك الخيار إلى أي وقت شئت»؛ أنَّ الغَرر يدخله للجهل بنفي التحديد جملة، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنَّ التقدير حاصلٌ، وإنِ اختلفا في جهته.

قالوا: ولأنَّ الغَرر اليسير الذي لا تَدْعُو الحاجة إليه لا يمنع صحة العقد، كالجهالة اليسيرة، وإذا كان كثيرا منعَه، واشتراط الثلاثة غَررٌ يسير تدعو الحاجة إليه فجاز، وما زاد غَررٌ كثير لا تدعو الحاجة إليه فلم يجز.

فالجواب: أنَّ جميع ما ذَكروا دعوى؛ لأنَّ الزيادة على الثلاثة باليوم واليومين حكمُ الثلاثة في قلة الغَرر ووجود الحاجة إليها.

قالوا: ولأنَّ الخيار قد ثَبَتَ جوازه إذا كان قليلا محدودا، وبطلانُه إذا كان مُتأَبَّدًا أو مجهولا، وذلك يقتضي ضربَ حَدٍّ يُفصل به بين ما يجوز اشتراطه فيه وما لا يجوز، فكانت الثلاثة أَوْلى؛ لأنها قد جُعلت حدًّا في الشرع في غير موضع، مثل قوله: ﴿تَمَتَّعُواْ فِى دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: 65]، وقوله ﷺ: «يَمكُثُ المهاجرُ بمكةَ بعد قضاء نُسكِه ثلاثا»[1]، وفي المُصرَّاة[2] وغيرها؛ فكذلك في مسألتنا.

فالجواب: أنَّ قولهم: «إنَّ جواز الخيار يقتضي [أن][3] تضرب مدة يُفصل به بين ما يجوز وما لا يجوز»؛ دعوى، لأنَّه لا شيء يوجب ذلك مع إمكان الفصل بينهما بقدرِ ما تدعو الحاجة إليه، ويحتاج إلى تأمُّل المبيع في مثله.

على أنَّ ما قالوه فاسد الموضوع؛ لأنه ليس كل ما انقسم إلى ما يجوز وإلى ما لا يجوز اقتضى ضرب مُدَّة الفصل بينهما؛ [و/ 271] كالعمل اليسير في

---

(1) أخرجه البخاري (3933)، ومسلم (1352) واللفظ له، من حديث العلاء بن الحضرمي.

(2) أخرجه مسلم (1524) من حديث أبي هريرة.

(3) زيادة يقتضيها السياق.

الصلاة والكلامِ فيها سهوا وغير ذلك، فكذلك سبيل مسألتنا.

ثم نقول: إنَّ الحاجة إلى ضرب مدَّة الفصل فهو فيما لا يُعقل معناه، فأمَّا فيما يُعقل معناه ويُعرف السبب الذي لأجله احتيج إليه؛ فلا يُحتاج إلى ذلك فيه.

ألَا ترى أنَّ مِن قولهم -أعني: أصحاب الشافعي- أنَّ مَن كان خارج المِصْر بقَدر مِن المسافة يسمع النداء منها؛ يلزمه المجيء إلى الجمعة دون ما زاد على مسافته.

فلابُدَّ مِن فصلٍ بين الأمرين، ومع ذلك [لم][1] [يفصلوا][2] بمدَّة مِن الزمان أو المسافة واقتصروا على سماع النداء، فكذلك في مسألتنا، وبالله التوفيق.

فصل:

إذا ثبت جوازُ اشتراط زيادةٍ على الثلاثة مع الحاجة إليه، فما زاد على قدر ما تدعو الحاجة إليه لا يجوز؛ لأنَّ ذلك غَرر، وإنَّما استُثني مقدار الحاجة مِن الغرر لكونه يسيرا تدعو الحاجة إليه، فإذا زاد على ذلك لم يكن فيه معنى يقتضي جوازه، فعُلم أنَّ القصد به الغَرر.

فصل:

فأمَّا إذا أطلَقا الخيار ولم يَضربا أجلا؛ فقد قلنا: «إنَّ العَقدَ صحيح»، ويُضرب للسلعة أجلُ مِثلِها فيما يُحتاج إلى اختبارها في مثلها.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع) ما صورته: (نفصوا)، والمثبت أليق بالسياق.

وقال أبو حنيفة والشافعي: «العقد فاسد»[1].

ودليلنا:

أنَّ أصل الخيار كان غَررا، وإنما أُجِيز للحاجة إلى الاختبار والتأمُّل، وثبت أنَّ ذلك غير مقصور على مدَّة بعينها، بل على ما تدعو الحاجة إليه على ما ذكرناه، وكان ذلك القدرُ متقرِّرا في العُرف، فإنْ ضربا له أجلا؛ صحَّ، وإنْ لم يضربا أجلا؛ فقد دخلا على الغَرر فيما يُحتاج إليه.

ولم يجز أنْ يبطل البيع، وهناك عُرف كالمُشترَط، ولأنَّ العُرف أصلٌ يُرجع إليه في أحكام البياعات؛ كالنقد والسَّير والحمولة وغير ذلك؛ فكذلك يجب أنْ يُرجع إليه في كل مقدار ما يختبر المَبيع في مثله.

فإنْ قيل: إنَّ الخيار تعلَّق بمدَّة؛ فوجب أنْ تكون معلومة؛ كالآجال.

قلنا: لَمْ يتعلَّق بمدَّة، وإنما يتعلَّق بما تدعو الحاجة إليه؛ إلا إنْ يعيِّنَا له مدَّة، فإذا أطلقا ولم يُعيِّنا رجع إلى العُرف، ولهذا فارقَ الآجال؛ لأنه ليس فيها عُرفٌ يُرجع إليه، وبالله التوفيق.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز النَّقدُ في الخيار ولا في عُهْدةِ الثلاث ولا في المُواضَعة بشَرطٍ، والنَّفقةُ في ذلك كلِّه والضَّمانُ على البائع).

(1) الأصل للشيباني (2/ 469)، الحاوي الكبير (5/ 67).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

يعني: أنَّ اشتراط النقد غير جائز؛ لأنَّه يكون في معنى البيع والسَّلَف.

فأمَّا إنْ تبرَّع المشتري به مِن غير شرطٍ فإنه يجوز.

وإنْ وقع العقد على الشرط كان فاسدًا، وحُكِم فيه بما يحكم في البيع والسَّلَف.

والنَّفقَة في أيام الخيار والعُهدة والمُواضعة على البائع؛ لأنَّ المَبيع على ملكه إلى أنْ تخرج هذه المدَّة على وجه يُنقَل المِلكُ به؛ مِن اختبار المشتري، وسلامة المَبيع، والأمَة مِن الحمل.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنَّما تتواضعُ[1] للاستبراء الجاريةُ التي للفِراش في الأغلب، والتي أقرَّ البائعُ بوَطئِها [وإن كانت وَخْشًا.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

إنما][2] وَجبَت مُواضَعتُها؛ أنْ تكون حملَت منه، وَخْشًا كانت أو مرتفعة.

ولأنَّ الحمل ينقص في الرَّفيعة ولا ينقص مِن الوَخْش، فجاز أنْ يكون ذلك في الرَّفيعة عيبا فيها.

(1) قال ابن رشد في المقدمات الممهدات (2/ 145): «أما المواضعة وهي: أن توضع الأمة المستبرأة على يدي امرأة عدلة حتى تحيض».

(2) الظاهر أن في (ع) سقطا، وما تم استدراكه فمن متن الرسالة، وتتمته على نسق الكتاب.

وقد ذكرنا هذا فيما تقدَّم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا تجوز البراءةُ مِن الحَملِ إلا حَمْل ظاهر، والبراءةُ في الرَّقيق جائزةٌ ممَّا لم يَعلَم البائعُ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب [و/ 272] **بن علي -رحمه الله-:**

اختلف قول مالك -رحمه الله- في البيع بشرط البراءة؛ فعنه فيه ثلاث روايات:

إحداها: أنه جائز، ويَبرأ مِن كل عيبٍ [لم][1] يعلمه، ولا يَبرأ ممَّا عَلِمَه وكتمَه واشترط البراءة منه، وهذا في الرَّقيق دون غيره مِن الحيوان[2].

وهذه الرواية هي الظاهرة وعليها العمل.

والثانية: أنَّ ذلك جائزٌ في الرَّقيق والحيوان كلِّه.

والثالثة: أنه لا ينفع في الرَّقيق ولا في غيره، ولا ينفعه إلا البراءة مِن عيبٍ [يوقِف][3] المشتري عليه ويُريه إيَّاه بعينه.

ولا يختلف قوله: إنَّ ما علِمه مِن ذلك وكتمَه فإنه لا تنفعه البراءة منه[4].

---

(1) زيادة من المعونة (2/ 1066).

(2) في المعونة: «من الحيوان والعُروض».

(3) في (ع): (يقف)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) المدونة (3/ 366).

قال أبو حنيفة: شرط البراءة مِن العيوب جائزة في كل الأحوال، في الحيوان وغيره، ويبرأ ممَّا عَلِمَه البائع وممَّا لم يعلمه[1].

وللشافعي أقاويل:

أحدها: أنَّ المَبيع إذا كان مِن غير الحيوان فالبيع جائز[2]، وفي الشرط قولان:

أحدهما: جائز، وليس للمشتري أنْ يردَّه متى وجد عيبا.

والثاني: أنه باطل، وللمشتري الرد.

وأشار إلى ثالث وهو: أنه يبرأ ممَّا لم يعلمه.

وما علمه فكتمَه؛ فعلى قولين:

أحدهما: أنَّ الشرط باطل.

والآخر: أنه جائز.

وله في القديم قولٌ آخر: أنَّ البيع يبطل بشرط البراءة.

قالوا: وليس بمعمول عليه.

والظاهر مِن مذهبه جواز البيع، وإنما يَختلف قوله في الشرط لا في البيع.

هذه الجملة تحرير ما حكاه الماوردي عنه في «مسائل الخلاف»[3].

والذي يجب أن يُقصد بالكلام عليه في هذه المسألة فصلان:

---

(1) التجريد للقدوري (5/ 2487).

(2) الأم (6/ 210)، نهاية المطلب (5/ 281).

(3) الحاوي الكبير (5/ 271).

أحدهما: أنَّ شرط البراءة في بيع الرَّقيق جائز، وأنَّ البائع يبرأ ممَّا لم يعلمه مِن العيوب.

والآخر: أنه لا يبرأ ممَّا علِمَه وكتمَه.

وما عدا ذلك فتوجيهه: هو إيراده سؤال المخالفين فيه.

والذي يدلُّ على جواز شرط البراءة، وأنَّ البائع يبرأ ممَّا [لم][1] يعلمه مِن العيوب -خلافًا للشافعي في أحد الروايتين-:

قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]؛ وذلك يقتضي الوفاء بها على ما عُقدت عليه.

وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[2].

وقوله: «ولكلِّ مسلمٍ شَرطُه»[3].

فإنْ قالوا: هذا مخصوصٌ بقوله: «كلُّ شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل»[4].

قلنا: معنى: «ليس في كتاب الله»؛ جوازه، لا النص عليه، وقد بيَّنَّا أنَّ ذلك

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) علقه البخاري في صحيحه -قبل الحديث (2274)- بصيغة الجزم، وروي موصولا من طرق لا تخلو من مقال، ذكرها ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1788)، وصدرها بقوله: «ضعفه ابن حزم وعبد الحق وحسنه الترمذي»، وقال في آخره تنبيها: «الذي وقع في جميع الروايات: «المسلمون» بدل «المؤمنون»».

(3) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (14274)، وابن حزم في المحلى (8/ 63) عن عمر بن الخطاب موقوفا، وضعفه ابن حزم.

(4) أخرجه البخاري (2168)، ومسلم (1504) من حديث عائشة رضي الله عنها.

في كتاب الله بقوله: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وقوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: 29].

ورَوى مالك عن يحيى بن سعيد عن سالم بن عبد الله: «أنَّ عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمان مائة درهم بالبراءة، فقال الذي ابتاع الغلام: بالغلام عيب لم تُسمِّيه، فقال ابن عمر: بعتُه بالبراءة، فاختَصَما إلى عثمان -رضي الله عنه- فقال الرجل: باعَني عبدا وبه أذى لم يسمِّه لي، وقال عبد الله: بعتُه بالبراءة، فقضى عثمان على عبد الله أنْ يحلف: لقد باعه العبدَ وما به أذى يَعلمه، فأبى عبدُ الله أنْ يحلف، وارتجع العبدَ»[1].

موضع الدلالة:

أنَّ ابن عمر باعه بشرط البراءة، فلم يُنكر عليه ذلك، وإنما حَكَم عليه بأنَّه لا يبرأ ممَّا كتمَه، فتضمَّن هذا وفاق عثمان في جواز اشتراط البراءة في الجملة، وهذا مذهب صحابِيَّيْن، لا مخالفَ لهما.

ولأنه شَرَط البراءة مِن عيبٍ لم يدلِّس به ولا كتمَه؛ فصحَّ الشرط؛ أصله: إذا أراه إيَّاه [وأوقفه][2] عليه.

واحتجَّ المخالف:

بنهيه ﷺ عن الغرر[3]، وهذا الشرط غَررٌ؛ لأنه لا يدري هل به عيب أم لا،

(1) موطأ مالك (2271).

(2) في (ع): (ووفقه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة، وفيه: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن =

ولا مقدار العيب الذي به، وكل ذلك غَرر.

فالجواب:

أنَّ النهي عنه إنما هو: «بيع الغَرر»، فأمَّا «الغَرر» هكذا غير محفوظ.

على أنه لو ثبت لكان مجمَلا، فلا يصحُّ التعلُّق به.

ثم لو سلَّمناه، لم نقل: إنه غَرر مع [و/ 273] اتِّصال عمل المسلمين به على مَرِّ الأعصار في المغانم والموارث.

وعلى أنه ليس إذا لم يدر هل به عيبٌ أم لا يكون غرر إذا لم يشترط البراءة، وإنْ كان المشتري لا يدري هل به عيب أم لا ولا قدر أرشه، فهذا معتبر.

ثم لو ثبت؛ لكان حديث عثمان يخصه.

قالوا: ورُوي أنه ﷺ نهى عن بيعٍ وشرط[1].

فالجواب: أنَّ ظاهرَه معدولٌ عنه باتِّفاقنا؛ لأنَّ البيع غيرُ منهي عنه، والخبر يقتضي أنَّ النهي يتناولهما متى اقترنا.

قالوا: ومِن القياس؛ أنَّ شرط البراءة معنى يرتفق به أحد المتبايعين، ولا يصحُّ مع الجهالة وإمكان التحرُّز في الغالب؛ دليله الرَّهن والأجل، لأنه لو

بيع الغرر».

(1) أخرجه الطبراني في الأوسط (4361)، والحاكم في معرفة علوم الحديث (ص: 128)، في قصةٍ، من حديث عبد الله بن عمرو، وقال ابن تيمية: «حديث باطل»، وقال أيضا: «أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه». اهـ. مجموع الفتاوى (18/ 63)، (29/ 132).

قال: «بعتُك بشرط أنْ ترهن عندي رهنا أو إلى أجَل، أو بأنْ تأتني بكفيل ولم يسمِّه»؛ كانت هذه الشروط كلها فاسدةً للجهالة، فكذلك شرط البراءة مِن العيوب.

فالجواب: أنَّ ما قالوه غير مُسلَّم؛ لأنه إذا شرط في المَبيع أنْ يأتيه بكفِيل ولم يسمِّه، أو برَهْنٍ ولم يُعيِّنه؛ جاز ذلك، ولَزِم المبتاعَ أنْ يأتي بكفيلٍ ثقة وبرَهْنٍ يكون قيمةَ الثمن متى جاء الأجل.

... [1]؛ فبخلاف ذلك، لأنه ليس يعرف قدر العِوض مِن التأخير، فيكون الجهل به غَررا.

والغرض مِن الرَّهن؛ التوثُّق واستيفاء الحق منه إنْ تعذَّر أداءه مِن الغريم، وكذلك الكفيل.

وعلى أنه لا نُسلِّم أنْ [شرط][2] الأجل يرتفق به أحد المتبايعين، بل الارتفاق به لكليهما، وهو حق.

ألا ترى أنَّ البائع إنما يسمح بالأجل إذا زيد في الثمن على بيع النقد.

وكذلك لو كان الثمن سلعةً أو حيوانًا فسلَّمه المبتاع إليه قبل الأجل؛ لم يلزمه أخذُه.

فعُلم بذلك أنَّ الرفق فيه لهما، وعلى أنَّ ما يفسده بالجهالة ويمكن التحرُّز منه لا يُراعى فيه أنْ يكون ممَّا يرتفق به أحدهما أو كلاهما.

---

(1) الظاهر أن في (ع) سقطا تقديره: (وأما إذا باع ولم يسم الأجل).

(2) في (ع): (يشترط)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ألا ترى أنَّ مقدار الثمن والمُثمن [إذا][1] اشترط كل واحدٍ منهما أنَّ له الخيار متى شاء؛ فذلك كله رفق لهما، ومع ذلك فلا يصح [للجهالة][2].

ثم نقول: إنَّ الجهالة إذا لم تتعلَّق بالثمن ولا بالمُثمن ولا بمعنى يرجع إلى أدائهما، وإنما تعلَّقت بمعنى يجوز أنْ يَحدُث فيستحق به رد المَبيع؛ لم يضر، كالجهل بإفلاس المشتري [وقت][3] استحقاق المَبيع.

وعلى أنَّ المعنى في الأجل؛ أنه إذا كان مجهولا أدَّى إلى وقوع المخاصمة في وقت المطالبة بالثمن، وليس في البراءة مِن[4] العيوب معنًى يوجب المنع.

قالوا: ولأنَّه خيار فَسخ عَقد بغير شرطٍ؛ فلم يسقط بالشرط، كخيار الرؤية في بيع الأعيان الغائبة.

وهذا غير مسلَّم أيضًا؛ لأنها إنْ كانت على الصفة؛ فلا خيار عندنا.

ثم هو منتقضٌ به إذا أوقفه على العيب فرَضِي به؛ لأنه قد كان للبائع خيارُ الفسخ في العقد بغير الشرط لأجل هذا العيب، وقد يسقط بالشرط.

قالوا: ولأنه إبراء عن حقٍّ لم يجب؛ فلم يصح، أصله: إذا أبرأه عن العيب قبل العقد.

ووَصْف هذه العلَّة غير مسلَّم أيضًا؛ لأنَّ العيب إذا كان موجودا فحقُّ الردِّ

---

(1) في (ع): (وإذا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (الجهالة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (ووقت)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (معنى من)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

واجب له، وليس يقف وجوبه على عِلمه به، وذلك كفلس المشتري؛ أنه يوجِب للبائع حقَّ الرجوع بالسلعة إنْ كانت قائمة، ومطالبته بالدَّين المؤجَّل؛ وإنْ كان لم يَعلمْ.

ويُفارقُ [الإبراء][1] قبل العقد؛ لأنه حالَ أوقفَه على عيب السلعة فيها [فأبرأه؛ لبرئ][2]، فكذلك إذا أبرأه في الجُملة وبعد العقد، فلو وقفه على عيبه [274/ و] فأبرأه؛ لبرئ.

قالوا: ولأنه أصاب عيبا لم يقف على محلِّه؛ فثبت له حقُّ الردِّ، أصله: إذا ابتاعه بغير شرط البراءة.

وهذا قياسٌ فاسد الوضع؛ لأنَّ حكمَ العقد إذا أُطلِق بخلاف حكمه إذا قارنَه شرط، هذا في الجملة، فاعتبارهم حال الاشتراط بحال الإطلاق لا يصح، ثم يُنظر:

فإنْ كان ذلك الشرط ممَّا يؤثِّر؛ فاعتباره بالإطلاق باطلٌ لا محالة، مثل الشروط الجائزة كلها؛ كشروط الأجل وغيره.

وإنْ كان ذلك الشرط ممَّا لا يؤثِّر، فإنما يلزم ذلك الحكم لهذا المعنى؛ فيجب أنْ [يثبتوا أولًا أنَّ][3] هذا الشرط لا يؤثِّر، ثم نعتبره بالإطلاق.

قالوا: ولأنَّ هذا إبراءٌ مِن مجهولٍ؛ فلم يصح، لأنه لا يَدري هل بالسلعة

---

(1) في (ع) ما صورته: (الابما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع) (فأبرأ   )، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (يثبتوه أولأن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

عيبٌ أم لا، وإنْ كان فيها عيب؛ [فلا][1] يعلم قدْرَه ولا مقدار الأَرش فيه.

فالجواب: أنَّ الإبراء مِن المجهول جائز عندنا، وكذلك هبته.

وقد قال المُسلمون في رجل له على رجل دَيْن لا يعلم قدره: إنَّ إبراءه فيه جائز، وكذلك هبته.

وعلى أنه ليس هاهنا إبراء مِن مجهول، وإنما هو بيع سلعة معاينةً قُطع فيها الدَّرْك والتِّباعة.

قالوا: ولأنه لمَّا [لم][2] يَجُز استثناء المجهول؛ لم تصحَّ البراءة منه، لأنها في معنى الاستثناء.

فالجواب: أنَّ هذا كلامٌ في مسألة أخرى.

على أنَّ المعنى في الاستثناء مِن المجهول أنه يُبقي شيئا مِنَ المَبيع على ملكه، فيصير المَبيع مجهولا والمستثنى مجهولا، فلا يُعرف مقدارُ مِلك البائع مِن مِلك المشتري.

والبراءة بخلاف ذلك؛ لأنه قَطعٌ للمطالبة والدَّرْك، والمبيعُ جملته للمشتري، فبانَ الفرق بينهما، والله الموفِّق.

فصل:

وأمَّا الدلالة على أبي حنيفة في قوله: «إنه يبرأ ممَّا يعلم وكتم»:

---

(1) في (ع): (ولا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

[فقوله][1] ﷺ: «إذا بعتَ فقل: لا خِلابة»[2].

والخلابة والخديعة: أنْ يُظهر الإنسان ما باطنه بخلافه، وهذا موجود في مسألتنا؛ لأنَّ المشتري يَدخل على أنَّ البائع يبرأ ممَّا لا يعلمه، وأنه لو عَلم عَيبا لأوقفَه عليه، فإذا عَلِم وكَتَم؛ فذلك غِشٌّ وخِلابة، ويجب منعه، ثم ثبوت الخيار للمشتري.

ونحوه: قوله ﷺ: «مَن غشَّنا فليس منَّا»[3].

وحديث واثِلة عن النبي ﷺ: «إذا كان بسلعة أحدِكم عيبٌ فلْيُره لمشتريها»[4]، وليست قُوَّةُ الساعة على لفظه[5].

وحديث عثمان وقوله لابن عمر: «تحلف أنك ما بعتَه وبه عيب»، فقال ابن عمر: «أحلف لقد بعتُه بالبراءة»، فقال عثمان: «تحلف أنك بعتَه ولا داء به تعلمه»، فأبى[6].

ولأنَّ المشتري دخل على أنَّ البائع مثلُه لا يعلم بالمَبيع عيبا، والبراءة وقعت على هذا الوجه وإنْ لم يلفظ فيها به، فوجب متى بان له خلافه أنْ يستحقَّ الردَّ؛ لأنه قد غرَّه ودلَّس عليه.

---

(1) في (ع): (وقوله)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) أخرجه البخاري (2117)، ومسلم (1533) من حديث ابن عمر.

(3) أخرجه مسلم (101) من حديث أبي هريرة.

(4) سبق تخريجه (ص: 131).

(5) كذا في (ع)، ولعله: (ولستُ أقوى الساعة على لفظه)، وقال في الإشراف (2/ 495) -بعدما ذكر هذا الحديث-: «أو ما هذا معناه».

(6) رواه مالك في الموطأ (2271).

ولأنه عيبٌ وُجد بالمَبيع ولم يوجد رضاه به، ولا إبراءُ [البائع][1] على أنه عالمٌ به؛ فلم يلزم المشتري؛ أصله: إذا لم يشترط البراءة منه.

واحتجَّ مَن خالفنا بأنْ قال: لأنه بيع براءة على الإطلاق؛ فأشبه إذا لم يعلم بالعيب.

فالجواب: أنَّ المعنى في ذلك أنه لم يُدلِّس، وهما متساويان في الجهل، وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنَّ الإبراء مِن المجهول جائزٌ عندنا وعندكم، وليس في هذا أكثر مِن أنه أبرأ مِن مجهول.

قلنا: بل فيه تدليسٌ وغِشٌّ وغَرر بالمشتري، وإلزامُه ما لم يدخل عليه، ولا رضي به، وإنما يصحُّ الإبراء مِن المجهول إذا لم يعرض فيه ما يمنعه.

ويبيِّن ذلك: أنَّ [و/ 275] الإبراء مِن المجهول بعِوَضٍ لا يصح؛ لأنه يصير بيعًا، وإذا ثبت ذلك وكان العِوض -هاهنا- قد قابل الجملة وقد دخلها عيب، لم يتساوى فيها حال البائع والمشتري؛ وجبَ أنْ يكون للمشتري الخيار، وصار ذلك بمنزلة أنْ [تَوَهَّمَه][2] المشتري على أنه مقدارا يسيرا[3]، ثم تبيَّن له أنه متفاوت؛ فلا يلزمه [قبوله][4].

---

(1) في (ع): (لبائع)، والمثبت أليق بالسياق، وينظر المعونة (2/ 1067).

(2) في (ع): (تهمه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) كذا في (ع).

(4) في (ع): (قوله)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

[قالوا:][1] ولأنه لو لزم البائعَ أنْ يُبيِّن جميع ما يعلمه مِن العيوب ...[2] للمشتري؛ لَلَزِمَه ألا يبيع إلا مِن تاجر بصير بالسِّلع؛ لئلا يغره بالثمن إذا كان لا يعرف الأسعار، أو يخبره بغلائها أو رخصها.

فالجواب: أنَّ هذا لا يلزم؛ لأنَّ [التغالي][3] في الأثمان والاسترخاص مباح، والتدليس بالعيب غير مباح، ولأنَّ ذلك أمر يتساويان فيه؛ لأنَّ المشتري يَقْدر على تعرُّف زيادة ثمن السلعة مِن رخصها مِن غير جهة البائع.

قالوا: ولأنَّ الإبراء مِنَ العيب إسقاطُ حقٍّ، وذلك حكم في المعلوم والمجهول؛ كالطلاق.

قلنا: المعنى في الطلاق [إسقاط حقِّ نفسه][4]، ليس في وقوعه إسقاط حقِّ غيره.

على أنَّا نقول بموجَب العلة؛ وهو جواز الإبراء مِن المجهول، ونحن لم نمنعه هاهنا للجهالة، لكن لِما ذكرناه، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا البراءة مِن الحمل فلا يجوز عندنا في المرتفِعات مِن الإيماء؛ إلا أنْ يكون حملا ظاهرا، ويجوز ذلك عندنا في الوَخْش منهن ومَن لا تُرَاد للوطء غالبا.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) بياض في (ع) بمقدار كلمتين، والمعنى واضح.

(3) في (ع): (التغامن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع) ما صورته: (انفاق هق الذ به)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

والأصل في ذلك: أنه غَررٌ في الرفيعة، لأنها إذا كانت مِن الإماء المُثمنات اللّاتي يُتَّخذن للتسرِّي، ويُرغب فيهن للحُسن والجمال ويتنافس فيها، فإنَّ الحمل يضعها وضعًا بَيِّنا، ويُنقص مِن ثمنها نقصًا ربما أتى على مُعظم قيمتها.

فإذا لم يكن ظاهرًا؛ فإنَّ البائع والمشتري يدخلان على غَرر.

ولأنها إنْ لم تكن حاملا؛ فقد وَضعَ البائع [حقَّه][1] خيفةَ أنْ تكون حاملا.

وإنْ كانت حاملا؛ فالمشتري قد دفع ذلك الثمن رجاءَ ألَّا تكون حاملا، فكل ذلك غَرر.

وعلى أنَّ [سُنَّةَ][2] بيعِ الجواري على المواضعة، وعلى ذلك مضى السلف.

وإذا كان الحمل ظاهرًا؛ زال الغَرر، ودخل كل واحدٍ على بصيرة، وعلم بما يَزيده في الثمن أو يُنقصه.

ولأنه لا موضع حينئذ للمواضعة فيها؛ إذا كانت المواضعة إنما تكون لأجل الخوف مِن الحمل، وإذا بان حملُها فقد عُلم ذلك، وزال ما له تُراد المواضعة.

فإنْ قيل: لأنَّ الحمل عيب جازت البراءة منه؛ كسائر العيوب.

---

(1) زيادة من المعونة (2/ 1068).

(2) في (ع): (نسبة)، والمثبت من المعونة.

قلنا: إنْ كان هناك حملٌ؛ فإنَّ البراءة تجوز منه، وإنما الكلام إذا لم يكن ظاهرًا؛ لأنَّ البائع [باع][1] بشرطه البراءة إلا مِن حمل قد علمه، ومتى تَبرَّأ مِن حملٍ لا يعلمه فإنما ...[2] والغرر.

فإنْ قيل: إنَّ موضوع العيوب على أنه لا فصل بين الرَّفيعة والدَّنية؛ اعتبارا بسائرها.

قلنا: إذا ثبت أنَّ الحمل عيب في الدَّنية؛ فكذلك نقول، ولكن ليس بعيب فيها، بل ربما زاد في ثمنها ورغب لأجله فيها.

ولأنَّ العيوب التي ليست بظاهرة في السِّلع لا تضعها كما يضع الحملُ رفيعات الإماء.

فأمَّا الوَحْش؛ فبمنزلة سائر السِّلع لا يُرَدْنَ للحمل، ولا يُبطِل الحملُ شيئا مِن أثمانهنَّ كما يأتي على معظم ثمن الرَّفيعات، بل لعلَّه أنْ يزيد فيها.

فإنْ قيل: لأنَّ شرطَ البراءة مِن الحمل في الرفيعة؛ فجاز ...[3] إذا كان ظاهرا.

قلنا: إذا كان ظاهرا فلا بأس ولا غَرر، إذ البائع يعلمُ ما باع، وكذلك المشتري، وإذا لم يكن ظاهرا حصل [و/ 276] فيما ذكرناه مِن وجوه المنع.

والله أعلم.

---

(1) بياض في (ع)، ولعل المثبت أنسب للسياق.

(2) بياض في (ع) بمقدار كلمتين، ولعل المراد: (باع على الجهالة).

(3) بياض في (ع) بمقدار كلمتين.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا يُفرَّقُ بين الأمِّ ووَلَدِها في البيع حتى يُثْغِرَ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رضي الله عنه-:

لا أعلمُ خلافا في منع ذلك.

إلا أنَّ أبا حنيفة يقول: إنْ فُرِّق بينهما في المِلك لم يَبطل البيع[1].

وعندنا وعند الشافعي يَبطل[2].

والذي يدلُّ على ما قلناه:

قوله ﷺ: «لا تُوَلَّه[3] والدةٌ على ولدها»[4].

وقوله: «مَن فرَّق بين والدةٍ وولدِها فرَّق الله بينَه وبين أحِبَّتِه يوم القيامة»[5]، وهذا مِن أبلغ ما يكون مِن التَّهديد والوَعيدِ، وفي القول بأنَّ العقد يصحُّ إبطال المقصود بذلك.

ورُوي أنه ﷺ رأى جاريةً تبكي على ولدها، فقال: «لا تَجمعوا عليها البيع

---

(1) التجريد للقدوري (5/ 2651).

(2) النوادر والزيادات (6/ 341)، الحاوي الكبير (14/ 243).

(3) الوَلَهُ: ذهاب العقل والتحيُّر من شدة الوَجْد، والتَّوْليه: أن يُفرَّق بين المرأة وولدها. الصحاح (و ل ه).

(4) يروى من طرق ضعيفة؛ جمعها ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1763).

(5) أخرجه الترمذي (1283)، من حديث أبي أيوب، وقال الترمذي: «حسن غريب»، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1764): «في إسناده حيي بن عبد الله المعافري؛ مختلف فيه»، وله شواهد فيها مقال، تنظر في نصب الراية للزيلعي (4/ 24).

والسَّبي»[1]، وهذا يدلُّ على فساد ما وَقعَ.

ولأنه بيعٌ مُنع منه لحقِّ الله تعالى في أحكام البيع؛ فوجب أنْ يكون باطلا؛ أصله: بيع الخمر.

فإنْ قيل: إنَّ البيع نوعٌ مِن زوال المِلك؛ فوجب إذا وقع في هذا الموضع ألا يُفسخ؛ أصله: العتق.

قيل له: العتقُ ليس بتفرقةٍ بينهما في الملك؛ لأنَّ مفهوم هذا هو أنْ تكون هي في مِلك مالك والطفل في ملك آخر، فأمَّا العتق؛ فإنه إتلاف ملك، وليس بتفرقة بينهما فيه.

فإنْ قيل: لأنها تفرقةٌ بين الولد وبين أحدِ والدَيْه؛ فأشبه الأب.

قلنا: المعنى في الأب أنه لا ضرر على الطفل لمفارقته كالضرر الداخل عليه لمفارقة الأم.

فإنْ قيل: إنَّ النهي ليس بمعنى في العقد ولا [المعقود][2] عليه؛ فلم يمنع الصحة.

[**قيل**:][3] وهو ما يلحق الصبي مِن الضرر وما يلحق الأم، وصار ذلك ممَّا يُنافي العقد.

---

(1) أخرجه بنحوه البيهقي في الكبرى (18307) من حديث علي، و(18308) من حديث أبي أسيد الأنصاري، وقال: «هذا وإن كان فيه إرسال؛ فهو مرسل حسن شاهد لما تقدم».

(2) في (ع): (المقصود)، ولعل المثبت أنسب للسياق.

(3) زيادة يقتضيها السياق، إن سلم النص من سقط أكبر.

فصل:

فأمَّا حدُّ جواز التفرقة بينهما، فعنه فيه روايتان:

إحداهما: الإثغار[1]، وهي رواية ابنِ القاسم.

والأخرى: الاحتلام والحيض، وذكرها ابن القاسم عن ابن غانم[2] عن مالك[3].

فوجه اعتبار الإثغارِ: أنَّ المعنى الذي لأجله حصل المنع هو ا...[4] للأمِّ والولد وحاجته إليها، ولحوق الضرر بكل واحدٍ منهما ...[5] آخر؛ فوجب أنْ تُراعى حاجتهما إلى ذلك، وذلك بالإثغار؛ لأنه إذا أثغرَ استقلَّ بنفسِه، ولم يضرَّه فراق أمِّه.

ولأنها حالٌ يستغنى فيها عن الأمِّ غالبًا.

ولأنه معنًى أوجَبَ المنعَ بين الأمِّ وولدِها؛ فوجب أنْ يُعتبر فيها الإثغار؛ كالحضانة.

---

(1) الإثغار: سقوط سن الصبي ونباتها، وقيل: إذا سقطت رواضع الصبي قيل: ثُغِرَ، فهو مثغور، فإذا نبتت أسنانه بعد السُّقوط قيل: أثْغَر، واثَّغَر، بتشديد الثاء، واتَّغَر، بتشديد التاء. أدب الكاتب (ص: 153)، لسان العرب (ثغر).

(2) هو عبد الله بن عمر بن غانم الرعيني القيرواني، أبو عبد الرحمن ، قاضي إفريقية وفقيهها، روى عن مالك والثوري، توفي سنة (190هـ). ترتيب المدارك (3/ 65).

(3) المدونة (3/ 301)، النوادر والزيادات (6/ 341).

(4) بياض في (ع) بمقدار كلمة.

(5) بياض في (ع) بمقدار كلمتين.

ووجه اعتبار البلوغ: فلأنه حال صغر؛ أصله: حال الطفولية قبل الإثغار.

ورواية ابن القاسم أصح، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وكلُّ بيعٍ فاسدٍ فضمانُه مِن البائع، فإنْ قَبَضَه المُبتاعُ فضمانُه مِنَ المُبتاعِ مِن يومِ قَبضِه، فإنْ حالت سُوقُه أو تغيَّر في بدنه [فعليه][1] قيمتُه يومَ قبضِه ولا يَرده، وإنْ كان ممَّا يوزَنُ أو يُكال فليردَّ مثله، ولا يُفيتُ الرِّباعَ حَوالَةُ الأسواق).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

قوله: (إنَّ ضمانه مِن البائع)؛ فلأنه باقٍ على ملكه، ما انتقل عنه؛ لأنه إنما ينتقل بالعقد الصحيح أو شبهة عقدٍ إذا قارنَه حكمُ حاكم، فيصير كالمِلك الصحيح.

وإذا كان باقيا على مِلكه؛ كان ضمانه منه.

فإنْ قبضَه المشتري؛ كان ضمانُه منه؛ لأنه لم يقبضه على الأمانة، وإنما قبَضَه لشبهة العقد، فلذلك كان ضمانُه منه.

وإنما يكون الضمان يوم سببه، وهو يوم القبض، لا يوم العقد؛ لأنه لم يضمنه بالعقد، فيعتبر يوم العقد، وإنما يضمن [و/277] يوم العقد ما يكون عقده صحيحا لا فاسدا.

---

(1) في (ع) ما صورته: (فضمنه)، والمثبت من متن «الرسالة».

فإنْ [فات][1] بهلاك، أو بتغيير بدنٍ، أو حوالة سوق؛ فعليه قيمته، ولا سبيل إلى ردِّه؛ لأنَّ الفَوت يمنع الردَّ للُحوق الضررِ بالبائع، فإنما تلزمه القيمة فيما لا مثل له، فأمَّا ما يُكال أو يوزَن فعليه مثلُه مِن القيمة عند تعذُّر الأصل؛ [والأصل][2] هو المِثل، ويدلُّ عليه قولُه ﷺ: «طعام كطعام، وصَحْفة كصحفة»[3].

وقد اختلف قولُ مالكٍ؛ هل هذا حُكم جميع البياعات الفاسدة أم حُكم نوع منها؟

فقال مرَّة: «هذا حُكم جميعها، لا فرقَ بين ما اختلف فيه منها وبين ما اتفق عليه»، وهذا هو النَّظرُ والقياس، ورواه عبد الله بن نافع عنه.

وقال مرَّة: «إنَّ ما فات [مما][4] اختلف فيه لزم المبتاع بالثمن، وما كان ممَّا اتفق على تحريمه ومنعه [كالربا والغرر][5] لزم فيه القيمة».

فوجه القول [الأول][6]: لأنه بيعٌ فاسد؛ فوجب أنْ يضمن المبيع فيه بالقيمة؛ أصله: المتَّفق على تحريمه.

---

(1) في (ع): (قلت)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني (5/ 148) نقلا عن المصنف.

(2) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(3) أخرجه الترمذي (1359) بلفظ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»، في قصة عائشة وكسرها للصحفة، من حديث أنس بن مالك، وقال: «حسن صحيح»، وأخرج البخاري (2481) القصة دون اللفظ المذكور.

(4) زيادة يقتضيها السياق.

(5) بياض في (ع)، والمثبت من المعونة (2/ 1074).

(6) زيادة يقتضيها السياق. وانظر المصدر السابق.

ولأنَّ الاتفاق لا مَزيَّة له على الاختلاف في باب الحكم في فساد العقدِ ما لم يقارن الخلاف حُكم حاكم، ألا ترى أنَّا نمنع المُبتاع القبض ولا نُبيحه التصرُّف كما نفعل ذلك في المتَّفق عليه.

وإذا كان الأمرُ كذلك؛ فكذلك في لزوم المتَّفق عليه بالفَوت.

ووجه التفريق بينهما: فإنَّ الاختلاف في العقد يقتضي شبهة للقابض، فكان الثمن أَوْلى مِن القيمة.

ولأنَّ الثمن متَّفقٌ عليه مع الشبهة التي ذكرناها، وكان الفَوات مشبها بحُكم الحاكم بصحَّته.

والأولُ أقْيَس، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَجوز سَلَفٌ جرَّ منفعةً).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

وهذا لقوله ﷺ: «كل قَرْضٍ جَرَّ نفعًا حرام»[1]، هذا معناه.

وقوله: «كل معروفٍ صدقة»[2]، والصدقة لا يجوز أخذ العِوض عليها.

ورُوي عن عمر بنِ الخطاب -رضي الله عنه- أنه قال في رجل أسلفَ

(1) خرَّجه ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1824)، وصدَّره بقوله: «قال عمر بن بدر في «المغني»: لم يصح فيه شيء».

(2) أخرجه البخاري (6021) من حديث جابر، ومسلم (1005) من حديث حذيفة بن اليمان.

رجلا طعاما على أنْ يُقبضه إيَّاه ببلدٍ آخر، فكرِه ذلك عمر، فقال: «أين أجرةُ الحَمل؟»[1].

وعن ابن عمرَ أنَّ رجلا قال: أسلَفْتُ سلفا، واشترطتُ أفضل ممَّا أسلفتُ، فقال ابنُ عمر: «ذلك الرِّبا»[2].

وعن ابن مسعود قال: «مَن أسْلَفَ سَلفا واشترَطَ أفضل منه -وإنْ كان قَبضةً مِن عَلف- فهو ربا»[3].

وهذا كله مذكورٌ في «الموطأ».

فأمَّا إنْ عاد بنفعٍ تطوُّعا مِن غير شرطٍ فذلك جائز؛ لأنَّ الذي يَحرم مِن ذلك الشرط [أو][4] العادة القائمة مقام الشرط، فأمَّا إذا عَرِي مِن ذلك فلا بأس به.

فقد رَوى مالكٌ عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يَسار عن أبي رافع قال: إنه قد استسلفَ رسولُ الله ﷺ بَكْرًا[5]، فجاءه إبل الصَّدقة، فأمَرَني أنْ أقْضِي الرَّجلَ بَكْرَه، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جَملا خِيارا رَباعِيا[6]، فقال

---

(1) رواه مالك في الموطأ (2510) بلاغا.

(2) رواه مالك في الموطأ (2511) بلاغا.

(3) رواه مالك في الموطأ (2513) بلاغا.

(4) في (ع): (إذ)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(5) البَكْر: الفتيّ من الإبل، بمنزلة الغلام من الناس. النهاية (بكر).

(6) هو ما دخل في السَّنة السابعة، والأنثى رَبَاعِيَة. قال الهروي: إذا ألقى البعير رَبَاعيته في السَّنة السابعة فهو رَبَاعي، ورَبَاعِيَات الأسنان؛ الأربعة التي تلي الثَّنايا من جوانبها. شرح الزرقاني (3/ 498).

رسول الله ﷺ: «أَعطِه إيَّاه، فإنَّ خيارَ الناسِ أحسنُهم قَضاءً»(1).

ورَوى مالكٌ عن حُميد بن قَيس المكي عن مجاهد قال: استسلف ابنُ عمر رجلًا دراهمَ، ثم قضاه خيرا منها، فقال الرجل: يا أبا عبدِ الرحمن هذه خيرٌ مِن الدراهم التي أسلفتُك، فقال: «قد علمتُ ذلك، ولكنْ [نَفسي](2) بذلك طيِّبة»(3).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوزُ بيعٌ وسَلَفٌ، وكذلك ما قارَنَ السَّلفَ مِن إجارةٍ أو كراءٍ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رضي الله عنه-:

هذا لنهيه ﷺ عن بيعٍ وسلفٍ(4).

ورُوي: «عن بيعٍ وقَرْض»(5).

وصِفتُه ما قال مالك -رحمه الله-: «قد ابتعتُك منك سلعتَك على أنْ تسلفني كذا وكذا».

(1) رواه مالك في الموطأ (2506)، ومن طريقه مسلم (1600) به بلفظه.

(2) في (ع): (نقضي)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) رواه مالك في الموطأ (2507).

(4) أخرجه أبو داود (3504)، والترمذي (1234)، والنسائي (4611) من حديث عبد الله بن عمرو، وقال الترمذي: «حسن صحيح».

(5) أخرجه الطبراني في الأوسط (9007)، والبيهقي في الكبرى (10682) من حديث ابن عباس، وقال البيهقي: «تفرَّد به يحيى بن صالح الأيلي، وهو منكرٌ بهذا الإسناد».

فالعقد [و/ 278] -إنْ وقع على هذا- غير صحيح، وسواء كان ذلك مِن جهة البائع أو المشتري.

وكذلك إذا اشترط إجارةً أو كراء، كأنْ قال: «بِعني سلعتَك بمائة»، فقال البائع: «على أنْ تَستأجرَ الدارَ منِّي سنة بمائة»، وهذا في معنى البيع والسَّلف؛ لأنَّ المشتري استأجر منه لأجل أنه باعه السلعة، فلولا أنه باعه لم يستأجرها؛ لأنَّ الثمن يصير -في التحقيق- هو: الذي سمَّياه وشرط الإجارة، وذلك غير معلوم قدره على التحقيق؛ لأنَّ فيه شبها مِن بيعتَيْن في بيعة.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والسَّلفُ جائزٌ في كلِّ شيءٍ إلا في الجَواري).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ السلف فعلُ خيرٍ وارتفاق، فهو جائزٌ في كل ما يُنتفع به.

فأمَّا في الجواري؛ فلا يجوز إقراضهنَّ خلافا لمَن أباح ذلك[1]، لأنَّ إقراضهنَّ ذريعةٌ إلى استباحة الفُروجِ بغير عقد، وذلك لأنَّ المقرَض يَطأ الأَمَةَ ثم يردُّها إلى المالك بعينها، فيلزمه قبولها، فيحصل منه ما ذكرناه.

فإنْ قيل: هذا يبطل به إذا اشتراها ووطئها ثم وجد بها عيبا، فإنَّ له الرد، وليس للبائع الامتناع.

---

(1) ذهب إلى ذلك داود الظاهري وأصحابه، والمُزني وابن جرير الطبري. ينظر: الحاوي الكبير (5/ 353)، والمحلى (6/ 355).

قلنا: هذا غفلةٌ مِن السائل عنه؛ لأنَّ هذا وطءٌ بالمِلك، وليس فيه ذريعةٌ إلى إباحة الوطء؛ لأنه ليس لابد أنْ يوجد هناك عيب فتُردُّ به الأمَة.

ولأنَّ البائع لو أراد الردَّ وأراد المشتري الإمساكَ لكان القول للمشتري.

فإنْ قيل: كل ما جاز أنْ يُسلَم فيه جاز اقتراضُه؛ كسائر الأعيان.

قلنا: المعنى في سائر الأعيان الارتفاق فيما يُستباح بالإباحة، وفي مسألتنا بخلاف ذلك، لأنَّ [الارتفاقَ][1] وطءٌ، وذلك لا يستباح بالإباحة، إلا بعقد نكاحٍ أو ملك لا سبيل إلى ردِّه، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تَجوز الوَضِيعةُ مِن الدَّيْنِ على أنْ يُعجلَه، ولا التأخيرُ به على الزيادة فيه).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رضي الله عنه-:

وهذه الجملة لا خلاف فيها، وهي مِن باب القرض الذي يجرُّ نفعا، وهو مِن أبواب الرِّبا.

وصورته: أنْ يكون لرَجلٍ على رَجلٍ مائة دينار إلى سَنَة، فيقول له: «ادفع إليَّ خمسين دينارا عاجلة وأَضَعُ عنك الباقي».

ففي هذا وجهان مِن المنع:

أحدهما: أنه حصل منه أنه باع مائةَ دينار متأخِّرة بخمسين عاجلة، وذلك

---

(1) في (ع): (الا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

صريح الرِّبا مِن كل وجهٍ؛ مِن جهة التفاضل والنَّساء، وبيع غائبٍ بنَاجِز.

والثاني: أنَّ هذا الموضع لم يحمله عليه طِيب نفسه، وإنما فعلَه لِمَا حصل له في مقابلته مِن النفع بتعجيل الباقي، وذلك غَرر.

وبنحو ذلك رَوى مالكٌ عن أبي الزِّناد عن بُسر بنِ سعيد عن عُبيد [أبي][1] صالح مَولى السَّفاح قال: بعتُ بَزًّا مِن أهل السوق إلى أجل، ثم أردت أنْ أخرج إلى الكوفة، فعرضوا عليَّ أنْ أضع عنهم ويَنقُدونني، فسألت عن ذلك زيدَ بنَ ثابت، فقال: «لا آمرُكَ أنْ تأكلَ هذا، ولا تُؤكِلَه»[2].

ورَوى مالكٌ عن عثمان بنِ حفص عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر: أنه سُئل عن الرَّجل يكون له الدَّين على الرَّجل إلى أجل، فيضع عنه صاحبُ الحقِّ ويعجِّل له الآخر، فكرِهَه ونهى عنه[3].

فأمَّا الزيادة بشرط التأخيرِ فذلك ربا الجاهلية المعروف، فقد ذكرناه في أوَّل الكتاب[4].

مَسألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يُعجَّل عَرَضٌ على الزيادة فيه إذا كان مِن بَيْعٍ، ولا بأس بتَعجيل ذلك مِن قَرضٍ إذا كانت الزيادةُ [و/ 279] **في الصِّفة).**

(1) في (ع): (بن)، والمثبت من مصادر التخريج.

(2) موطأ مالك (2478).

(3) موطأ مالك (2479).

(4) ينظر ما تقدم (ص: 12-14).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا إذا عجَّله قبل أجلِه على الزيادة فيه؛ لأنه في مقابلة إسقاطِ الضَّمان، وذلك غير جائز؛ لأنه في معنى قَرْض يَجُرُّ نفعا، لأنه إنَّما أسقطَ عنه الضَّمان [بما][1] زاد على شرطه، فهو كما لو حلَّ الأجلُ فأخَّره ليأخذ أرفعَ مِن شرطه؛ فلا يجوز، وأمَّا إذا كان مِن قَرضٍ فإنه يجوز.

والفَرقُ بينهما: أنَّ الأجل في القرض حقٌّ للمستقرض دون المقرِض، فإذا عجَّله فإنَّ المُقرض لم يُسقط بالتعجيل حقًّا له، فنسب ذلك إلى أنه فعل ذلك لما حصل له في مقابلته مِن الزيادة؛ لأنَّ الأجل لم يكن حقًّا له بخلاف ذلك في البيع؛ لأنَّ الأجل حقا لهما جميعا.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنْ ردَّ في القَرْضِ أكثرَ عددا في مجلس القضاء فقد اختُلف في ذلك إذا لم يكن فيه شرطٌ ولا وَأْيٌ ولا عادةٌ، فأجازَه أشهبُ، وكرِهَه ابنُ القاسم ولم يُجِزْه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وجهُ إجازته: فلأنَّ النفع إذا عَري مِن الشرط أو العادة جاز؛ أصله: إذا لم يكن في مجلسه.

(1) في (ع): (لما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ولقوله ﷺ: «خيرُكم أحسنُكم قضاءً»[1].

ووجه منعِه: إذا لم يكن مِن المستقرض انتفاع بالشيء، ورَدَّ أزيد منه؛ كان كأنه قصد نفع المقرِض لأجل القرض، لأنه لا غرض له في ذلك سواه، وذلك ممنوع[2].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنْ عليه دنانيرُ أو دراهم مِن بيعٍ أو قَرْضٍ مؤجَّل فله أنْ يُعجِّلَه قبل أجلِه، وكذلك له أنْ يُعجِّلَ العُروضَ والطعامَ مِن قَرضٍ لا مِن بَيعٍ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

أمَّا القرض؛ فله أنْ يعجِّله، أيَّ نوع كان، وليس للمُقرض الامتناع عليه، وذلك لأنَّ الأجل فيه حقٌّ للمستقرض دون المقرض، بدليل أنه لو طالب به قبل محلِّ الأجل لم يكن له ذلك.

ولأنَّ المقترض لو ردَّ القرضَ لوقته للزم المقرِض أخذه، فعلم بذلك أنه حقٌّ له.

وإذا اختار إسقاط حقِّه فليس [للمقرِض][3] الامتناع منه، إلا أنْ يكون في

---

(1) رواه البخاري (2306) ومسلم (2601) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [45/أ-أزهرية]، والفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 161).

(3) في (ع): (للمقترض)، والمثبت أليق بالسياق.

غير البلد الذي أقرضه فيه، فلا يلزمه أخذه، ولا يكون له مطالبة [المقترض][1] به في غير موضعه إلا أنْ يخرج معه أو يوكِّل.

وفي **البيع**؛ يلزمه[2] الذهب والوَرِق، ولا يلزمه العُروض والحيوان ولا ما عدا ذلك، إلا أنْ يختار.

قال الشافعي: «إنْ كان طعاما أو مأكولا أو مشروبا أو حيوانا أو ما عليه في حقِّه كُلفة ومشقة فلا يلزمه أخذه قبل محلِّ أجله، ويلزمه ذلك في سائر العُروض»[3].

قالوا: لِما رُوي أنَّ مكاتَبا جاء إلى سيِّده بنَجْم مِن نجومه فأبى أخذَه، فقال عمر -رضي الله عنه-: «أنْ خُذْه وإلا جعلتُه في بيت مال المسلمين إلى أنْ يحلَّ الأجل»[4].

قالوا: ولأنه أداء شيء في الذمَّة مؤجَّل؛ فلِرَبه أخذه قبل الأجل إذا لم يكن منه لزوم مؤنة، أصله: الذهب والفضة، قياسا على القَرض.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]؛ والوفاء بالعقد إنما يكون على شرطه وصفته.

ولأنَّ الأجل حقٌّ للمُسلِم كما أنه حقٌّ للمُسلَم إليه، بدليل أنه لا يلزمه

(1) في (ع): (المقرض)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في شرح الفاكهاني (5/ 161): (يلزمه قبول).

(3) الأم (3/ 76).

(4) أخرجه بنحوه الشافعي في الأم (8/ 66)، ومن طريقه البيهقي في المعرفة (14/ 457).

أخذه إذا كان حيوانا أو طعاما، فإنَّ لصاحبه أغراضا تفوته قبل الأجل، فلو ألزمناه أخذه قبل محلِّ الأجل منَعْناه تلك الأغراض.

وتحريرُه أنْ يقال: لأنَّ في إلزامه قبل محلِّ الأجل إسقاطا لحقِّ مَن له حق في الأجل؛ فلم يلزم إلا برضاه، أصله: في حق المُسلَم إليه.

ولأنه نوع مِن المُسلم فيه ليس بثمن؛ فوجب أنْ [لا][1] يلزم أخذه قبل أجله، أصله: المأكول والحيوان.

فإنْ قالوا: الفرق بين المأكول والحيوان وبين سائر العُروض: أنَّ الحيوان يحتاج إلى راعٍ ومؤنة، والطعام قد يتغيَّر ويفسد، [و/ 280] وسائر العروض يُؤمن فيها ذلك.

قلنا: بإزاء هذا الغرض أغراض في العُروض، وهي أنه يلزمه حفظها ومؤنتها والتعب بحفظها إلى أنْ يحلَّ الأجل وتتغيَّر الأسواق.

فأمَّا قياسهم على الذهب والفضَّة؛ فينتقض بالحيوان والمأكول.

وأيضا: فإنَّ المعنى في الأصل أنه لا تُرجى[2] لهما أسواق، ولا يختلف بها في الغالب الأسعار، وسائر العروض بخلافها.

والمعنى في القرض شيئان:

أحدهما: لزومه في الحيوان والمأكول، فلذلك لزم في غيره.

والثاني: أنَّ الأجل فيه حقٌّ للمقرَض لا لصاحب الدَّين، وفي البيع بخلاف

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في شرح الفاكهاني (5/ 162): (ترصد).

ذلك، فلذلك افترَقا، وبالله التوفيق[1].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز بيعُ ثَمَرٍ أو حَبٍّ لم يَبْدُ صلاحُه، ويجوز بيعُه إذا بَدَا صلاحُ بعضِه، وإنْ نخلةٌ مِن نخيلٍ كثيرةٍ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

اعلم أنَّ الثمرة إذا بِيعت قبل بدوٍّ صلاحٍ فلا يخلو بيعها أنْ يقع على أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: بشرط القطع.

والآخر: بشرط التَّبقية.

والثالث: أنْ يطلق العقد، فلا يشترط فيه قطع ولا تبقية.

فأمّا إنْ بِيعت بشرط القطع؛ فذلك جائز، لأنَّه لا غَرر في ذلك.

ولأنه باع شيئا يقبضه المشتري عقيب العقد مِن غير مراعاةٍ لأمر يخاف عليه، بخلافه مع التَّبقية.

ولا خلاف في ذلك.

فصل:

وأمّا إنْ بِيعت بشرط التَّبقية؛ فإنَّ ذلك باطلٌ بلا خلاف، فالأصل فيه:

---

(1) نقل منه بلفظه في مواضع ومعناه في أخرى صالح الهسكوري في شرح الرسالة [45/ أ-أزهرية]، والفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 161-162).

ما رواه مالكٌ عن نافع عن ابن عمر: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثِّمار حتى يَبدوَ صلاحُها؛ نهى البائعَ والمشتري»(1).

ورَوى مالكٌ عن حُميد الطويل عن أنس: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثِّمار حتى تُزهي»، فقيل له: يا رسول الله، وما تُزهي؟ قال: «حتى تحمرَّ أو تصفرَّ»، وقال: «أرأيتَ إذا منع الله الثمرةَ فبِمَ يأخذ أحدُكم مالَ أخيه؟»(2).

ولأنَّ الغَرر يكثر فيها، والانتفاعَ يقلُّ بها، والآفات والعاهات لا تُؤمَن عليها في تبقيتها، وهذا معنى قوله: «أرأيتَ إنْ منع الله الثمرة»؛ يريد: بضربٍ مِن الآفات والعاهات، فإذا [تتابع](3) طيبها؛ أُمنت الآفات عليها، وقلَّ الغَرر فيها، فجاز بيعُها.

فصل:

فأمَّا إنْ بِيعت مطلقا، لم يشترط في عقده قطعٌ ولا تَبقية؛ فإنَّ البيع باطلٌ عندنا وعند الشافعي(4)، وجائزٌ عند أبي حنيفة(5).

والكلام في ذلك يتعلَّق بفصلين:

أحدهما: بصحة البيع وبطلانه.

والآخر: في مقتضى الإطلاق؛ هو التَّبقية أو القطع؟

---

(1) موطأ مالك (2286)، ومن طريقه البخاري (2194)، ومسلم (1534).

(2) موطأ مالك (2290)، ومن طريقه البخاري (2198)، ومسلم (1555).

(3) في (ع): (تبالغ)، والمثبت من المعونة (2/ 1006).

(4) التفريع (2/ 92)، الحاوي الكبير (5/ 191).

(5) التجريد للقدوري (5/ 2393).

فعندنا: أنه يقتضي التَّبقية.

وعنده(1): أنه يقتضي القطع.

فالدليل على منع البيع وفسادِه:

ما رَوى مالكٌ عن نافع عن ابن عمر: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى يبدوَ صلاحُها، نهى البائعَ والمشتري»(2).

[وروى](3) مالكٌ عن حُميد عن أنس: أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تُزهي، فقيل له: يا رسول الله وما تُزهي؟ قال: «حتى تحمرَّ أو تصفرَّ» قال: «أرأيتَ إذا منع الله الثمرة فبمَ يأخذ أحدُكم مالَ أخيه؟»(4).

وروى حمَّاد بن سلمة عن حُميد عن أنس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحبِّ حتى يشتدَّ، والعنبِ حتى يسوَدَّ، والبُرِّ حتى يُزهي»(5).

ورَوى عَمرو بن دينار عن ابن عباس أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تُباع الثمرة

---

(1) أي: عند أبي حنيفة. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (3/ 50).

(2) موطأ مالك (2286)، ومن طريقه البخاري (2194)، ومسلم (1534).

(3) في (ع): (ورواه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) موطأ مالك (2290)، ومن طريقه البخاري (2198)، ومسلم (1555).

(5) أخرجه أبو داود (3371)، والترمذي (1272)، وابن ماجه (2217)، وقال الترمذي: «حسن غريب، لا نعرفه مرفوعا، إلا من حديث حماد بن سلمة»، وقال البيهقي في الكبرى (10613): «ذِكر: «الحب حتى يشتد» و«العنب حتى يسود» في هذا الحديث مما تفرد به حماد بن سلمة عن حميد مِن بين أصحاب حميد، فقد رواه في الثمر: مالك بن أنس[و]إسماعيل بن جعفر وهشيم بن بشير وعبد الله بن المبارك -وجماعة يكثر تعدادهم- عن حميد عن أنس دون ذلك، واختلف على حماد في لفظه».

حتى تُطعم»[1].

ورَوى محمد بن عبد الرحمن بن أبي الرجال عن عَمرةَ عن عائشة: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثِّمار حتى يبدوَ صلاحُها [و/281] وتؤمَن العاهة».

ورواه مالكٌ في «الموطأ» عنه مرسلا[2].

ورَوى ابن أبي ليلى عن عطية عن أبي سعيد أنَّ النبي ﷺ قال: «لا تَبيعوا الثمرَ حتى يبدوَ صلاحُها»؛ قال: [وما بدو صلاحها؟ قال:][3]: «حتى تذهب عاهتُها ويَخلُص طِيبُها»[4].

والأخبار في هذا كثيرة، تركنا ذكرَها كراهة الإطالة.

ووجه الاستدلال مِن هذه الأخبار مِن وجوه:

أحدها: أنَّ نهيَه عن بيع الثمرة قبل بُدوِّ الصلاحِ ضربٌ مطلَقٌ عام، فاقتضى المنع على كل وجه، إلا أنَّ الدلالة قامت على جوازه بشرط القطع، فخصَّصناه، وبقي عموم النهي فيما عداه.

---

(1) رواه أحمد في المسند (2247)، وهو في صحيح مسلم (1538) من حديث جابر بن عبد الله.

(2) موطأ مالك (2291)، عن عمرة مرسلا، ليس فيه ذكر عائشة رضي الله عنها، وصله أحمد في المسند (24407) وغيره، وله شاهد من حديث ابن عمر مرفوعا، بلفظ: «لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، وتذهب عنه الآفة»، أخرجه مسلم (1534).

(3) زيادة من مصادر التخريج.

(4) رواه ابن أبي شيبة (22252)، عن علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى به، بلفظه، ورواه أحمد في المسند (5521) من طريق سفيان الثوري عن ابن أبي ليلى به إلا أنه قال: (ابن عمر) بدل (أبي سعيد)، والحديث في صحيح البخاري (1486) ومسلم (1534) من طريق آخر عن ابن عمر، وفيه أن قوله: «حتى تذهب ...» من قوله، غير مرفوع.

والثاني: أنَّ تعليق المنع بالغاية التي هي بُدو [صلاحها][1] فيها يقتضي ثبوت تأثيرٍ لهذه الغاية، وذلك مستمرٌّ على قولنا؛ لأنَّا لا نُبطل البيعَ قبلها بشرط التَّبقية، والإطلاق ممتنعٌ على قول مخالفنا؛ لأنَّا نبيعُها قبل بدوِّ الصلاح بشرط القطع والإطلاق، وبيعها بشرط التَّبقية غير جائز عنده قبل بدوِّ الصلاح وبعده لمعنى يرجع إلى صفة العقد واختلافه، لا إلى اختلاف حال الثمرة مِن وجود صلاحها أو عدمه، وإذا صحَّ لنا أنَّ لِاختلاف الثمرة فائدة؛ صحَّ ما نقوله.

والثالث: أنه ﷺ جعل بُدوَّ الصَّلاحِ غايةَ النهي، فلا يخلو أنْ يكون جعلها:

غايةً للنهي عن بيعها بشرط القطع؛ وذلك باطلٌ بالإجماع.

أو غايةً للنهي عن بيعها بشرط التَّبقية؛ فذلك باطل عندنا وعند مخالفنا:

أمَّا نحن؛ فنجيز بيعَها بشرط التَّبقية بعد بُدوِّ الصَّلاح.

وأمَّا المخالف؛ فيمنع ذلك قبل بُدوِّ الصَّلاحِ وبعدَه.

أو غاية تمنع إطلاق العقد؛ فهذا ما نقوله.

والرابع: أنه ﷺ علَّل بقوله: «أرأيتَ إنْ منعَ اللهُ الثمرةَ فبِمَ يأخذ أحدُكم مال أخيه؟»؛ وأشار بهذا التعليل إلى الفصل بين البيعِ بشرط القطع وبينه مطلقا؛ لأنَّ خوف العاهةِ إنما هو مع التَّبقية لا مع القطع، ومخالفنا يمنع أنْ يكون أراد بذلك مع شرط التَّبقية، فثبت أنه أراد الإطلاق، وأنَّ الإطلاق يقتضي التَّبقية.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

فإنْ قيل: المراد ببُدوِّ الصَّلاحِ في هذه الأخبار ظهور الثمرة، بدليل قوله: «أرأيتَ إذا منع الله الثمرة»، وما قد وُجد فلَمْ يُمنع؟

قلنا: هذا لا يصح؛ لأنه نهى عن بيع الثمرة، وما لم يظهر؛ لا يسمَّى ثمرةً إلا على تأويل أنه سيصير ثمرة.

ولأنَّ النهي عامٌّ فيما لم يَظهر وفيما قد ظهر ولم يَطِب.

ولأنه قد فسَّر مرادَه بذلك فقال: «أنْ تحمرَّ أو تصفرَّ»، وقال في العنب: «حتى يسوَدَّ».

وقولهم: «إنَّ مَن وجد فلَم يُمنع»؛ غير صحيح، لأنه ليس معناه إنْ مَنَعَ الله وجودَها فقط، وإنما معناه سلامتها [مِن آفة][1] أو عاهة.

فإنْ قيل: معنى أخباركم إذا بيعت بشرط التَّبقية؛ لأنَّ هذا التعليل إنما يصحُّ في الثمرة التي تبقى فيخاف عليها العاهة والآفة، وإذا وقع العقد مطلقا لم يمكن تعليله بهذا، لأنَّ الإطلاق يقتضي القطع.

قلنا: عنه أجوبة:

أحدها: أنَّ الخبر ورد في بيعٍ مطلَقٍ غير مقيَّد، فالتعليل يجب عَوده إليه.

والثاني: أنه عامٌّ فيما بِيع على الإطلاق، أو بشرط التَّبقية.

والثالث: أنَّ ذلك تسقط فائدته على أصلهم؛ لأنَّ شرط التَّبقية يُفسد البيع عندهم على كل وجهٍ، مِن غير مراعاة لبدوِّ الصَّلاح أو عدمِه.

فإنْ قيل: هذا على سبيل النَّدب والمشورة لا التحريم، لمَا رُوي أنَّ الناس

---

(1) في (ع): (بآفة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

كانوا يَبتاعون الثمار قبل بدوِّ صلاحها، فإذا كان وقت الاقتضاء قال المبتاع لصاحبها: [أصابها][1] [قُشام][2] قد ذَهبت، وينكر البائع، [فكثرت][3] خصومتهم، فنهاهم رسول الله ﷺ عن بيعها قبل بدوِّ الصَّلاح على سبيل المشورة[4].

قلنا: لا ندعُ لفظ الحديث ومقتضاه بمثل هذا.

على أنَّ الراوي لم يقل: «إنَّ ذلك مشورة»[5]، وإنما يقول السبب، [و/ 282] ولا يمتنع -وإنْ كان هذا سبب النهي- أنْ يكون على التحريم.

وعلى أنَّ هذا واردٌ في بيعٍ شُرط فيه التَّبقية؛ لأنَّ ذلك هو الذي يحصل فيه التقاضي، وتقع الخصومة في جِباية الثمن، والعقد المطلَقُ يقتضي على أصولهم القطع، فلا يصحُّ التعلُّق بهذا.

فأمَّا مِن طريق الاعتبار، فإنَّا نقول: لأنه عقدٌ على ثمرة مفردة قبل بدوِّ الصَّلاح مِن غير شرطِ القطع؛ فلم يصحَّ، أصله: إذا علَّقَه بشرط التَّبقية.

فإنْ عكسوه وقالوا: لأنه بيعُ ثمرةٍ مفردة قبل بدوِّ الصَّلاح مِن غير شرط التَّبقية؛ فجاز أنْ يصحَّ، أصله: إذا بِيعَت على شرط القطع.

---

(1) زيادة من مصادر التخريج.

(2) في (ع): (ستقام)، والمثبت من مصادر التخريج، والقُشَام: بالضمِّ، أن يَنتفضَ ثمرُ النخل قبل أن يصير بَلَحاً. النهاية (قشم).

(3) في (ع): (فطرت)، والمثبت من مصادر التخريج.

(4) أخرجه بنحوه البخاري (2193)، وأبو داود (3372) من حديث زيد بن ثابت.

(5) في صحيح البخاري: «كالمشورة، يشير بها لكثرة خصومتهم».

قلنا: لا تأثير لذلك؛ لأنه قبل بدوِّ الصلاح وبعده على حدٍّ واحد.

وأمَّا الطريقة الأخرى:

وهو أنَّ إطلاق العقد يقتضي التَّبقية؛ فالدليل عليه:

قوله: «أرأيتَ إنْ منع الله الثمرة فبِمَ يأخذ أحدُكم مالَ أخيه»؛ ومنعُ الثمرة ذهابها بجائحة مِن السماء، وذلك إنما يخاف على ثمرةٍ تَبقى، فأمَّا على شرط القطع فلا.

ولأنَّ الإطلاق في العقود محمولٌ على ذلك في النقل والمراحل، وكذلك إذا ابتاع طعاما كثيرًا؛ فإنه يُنقل نقل مثله، ولا يكلَّف نقله دفعة واحدة، وكذلك إذا ابتاع الدارَ ليلا لم يكلَّف البائعُ نقل متاعه منها في الحال.

وإذا ثبت ذلك وكانت العادة في الثمار إذا بِيعت أنْ تُترك إلى وقت الجذاذ والإدراك فتُنقل حينئذ، ولم تَجر عادة بقطعها في الحال؛ كان العقد إذا أُطلق محمولا على العُرف، وصار كالمشترط.

فإنْ قالوا: كل ثمرةٍ جاز بيعُها على شرط القطع جاز على الإطلاق؛ أصله: بعد بدوِّ الصَّلاح.

قلنا: هذا قياسٌ فاسد الموضوع؛ لأنه مُنتَزَعٌ مِن أصل مشروط على وجهٍ يقتضي إبقاء الشرط، فذلك يقتضي فساده، كالعلة المنتزعة مِن أصل يعود بتخصيص أصلها.

ووجه ذلك: أنَّ النبي ﷺ جعل بدوَّ الصَّلاح في الثمرة شرطا في جواز

البيع، وهم جمعوا بينها وبين ما لم يَبْدُ صلاحه في جواز إطلاق العقد مع عدم هذا الشرط؛ فوجب بطلانه.

على أنَّ المعنى في الأصل: امتناعُ الآفات عليها غالبا، وبخلاف ذلك في الفرع، أو لأنَّ بيعها جائزٌ بشرط التَّبقية؛ فلذلك جاز على الإطلاق، وفي مسألتنا بخلاف ذلك، وهذا على أصلنا.

فإنْ قالوا: لأنه عقدٌ يجوز أنْ يتناولها بشرط القطع؛ فجاز على الإطلاق، كالهبة والوصية والرَّهن.

قلنا: لا غَرر في شيء مِن ذلك كغَرره في البيع؛ لأنَّ الوصية والهبةَ لا عِوض في مقابلتهما، وحقُّ الراهن باقٍ في الذمَّة، والبيع بخلاف ذلك.

فإنْ قالوا: إطلاقُ العقد يقتضي القبض، وذلك في الثمرة بالقطع، فقد صار القطعُ مِن موجباتها، فلا يبطل العقد بترك اشتراطه، كما لا يبطل بترك اشتراطه تسليم المَبيع؛ لأنَّ ذلك مِن موجباته.

قلنا: الإطلاق يقتضي القبض، ولكن على ما جرت العادة، ولسنا نعطيكم أنَّ القطع في الحال مِن موجبات العقد -على ما بيَّناه-، وهذا هو المعنى في سائر العُروض؛ لأنَّ الغرض تسليمها في الحال.

فإنْ قالوا: كل عينٍ تُنقل وتحوَّل، فإطلاق العقدِ عليها يقتضي النقل والتحويل؛ كالثياب والثمرة على وجه الأرض.

قلنا: الاعتبار بعادة الناس في النقل، والعادة ما ذكرناه.

فإنْ قالوا: إذا أُطلق العقد [و][1]أمكن حملُه على وجهٍ يفسد ووجهٍ يصحُّ؛ كان الأَوْلى حمله على ما يصحُّ معه.

قلنا: هذا إذا لم يكن لأحد الأمرين مزية على الآخر، وقد بيَّنا أنَّ الإطلاق في العُرف يقتضي ما يفسد معه، والعُرف كالمشترَط، وينتقض بمَن ابتاع [و/ 283] سلعةً ثم باعها مِن بائعها قبل إقباضه ثمنَها إلى أجلٍ بأكثر مِن ثمنها؛ فالبيع باطلٌ مع إمكان صرفِه إلى وجهٍ يصحُّ العقد معه، والله أعلم.

فصل:

قد بيَّنا الحكم في بيع الثمرة قبل بدوِّ الصَّلاح فيها.

فأمَّا إذا بِيعت بعد بدوِّ الصَّلاح؛ فلا يخلو أيضًا مِن القِسمة التي ذكرناها، وهي أنْ تُباع بشرط القطع والتَّبقية، وعلى الإطلاق.

فإنْ بِيعت بشرط القطع؛ جاز مِن غير خلاف.

وكذلك على الإطلاق؛ إلا أنَّ الإطلاق عندنا يقتضي التَّبقية على ما قد ذكرناه.

وإنْ بِيعت بشرط التَّبقية ففيه خلاف؛ فعندنا وعند محمد بنِ الحسن والشافعي أنَّ ذلك جائزٌ[2]، ولكن يكون تأكيدا وليس بشرط على التحقيق؛ لأنَّ استحقاقَ التَّبقية مستفادٌ بالإطلاق عندنا -على ما بيَّناه-.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) التفريع (2/ 93)، الحاوي الكبير (5/ 193).

وعند أبي حنيفة: لا يجوز بيعها بشرط التَّبقية[1]؛ لأنَّ الإطلاق عنده يقتضي القطع، فشرط التَّبقية [ينفي][2] موجب العقد على قوله.

فدليلنا:

﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: 275].

ونهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدوَ صلاحها، وحُكم ما بعد الغاية أنْ يكون مخالفًا لمَا قبلها.

ولأنَّ الإطلاق عندنا يقتضي التَّبقية، فإذا شرط ذلك مما هو مِن موجب العقد، فلم يَعُد بعد ذلك بفساده.

فإنْ قالوا: لأنه شرطٌ ينفي موجب العقد وهو التسليم، فأشبَه إذا باع شيئا على أن لا يسلِّمه.

قلنا: لا نسلِّم ذلك؛ لأنَّ التسليم الذي يوجبُه العقد هو أوان الجذاذ على ما جرَت العادة به.

فإنْ قالوا: إنَّ المبتاع يشترط لنفسه الانتفاعَ بمِلك البائع، فأشبَه الطعام يشتريه على أنْ يتركه في ملك البائع شهرا.

قلنا: يجوز عندنا أنْ يشترط الانتفاع بمِلك البائع مدَّة معلومة على أنَّ ذلك ليس مِن موجب العقد.

---

(1) شرح مختصر الطحاوي (3/ 51)، التجريد للقدوري (5/ 2400).

(2) زيادة يقتضيها السياق.

فإنْ قالوا: هذا اشتراط لمَا لم يُخلق [مِن طيب][1] البُسر وكبره.

قلنا: يجوز ذلك عندنا إذا كان على وجه البيع لِما خُلق؛ على ما نقوله في المَباطخ[2] والمَقاثي[3].

فإنْ قالوا: العقد يتضمَّن أمرين: المِلك والتسليم، وقد ثبت أنه إذا شُرط انتفاء الملك إلى وقت الأداء أنَّ العقد باطل؛ كذلك يجب إذا شُرط على التسليم.

قلنا: كذلك نقول: إذا شُرط نفي التسليم الذي يقتضيه العقد.

على أنَّ نفي المِلك نفيٌ لوقوع البيع؛ لأنه هو نفس البيع لا معنى زائد عليه، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا بدوُّ الصَّلاح في الثمرة، وهي بأنْ تُزْهي؛ فيحمرَّ أو يصفرَّ البُسر، ويسوَدَّ العنب إنْ كان ممَّا يسوَدُّ، أو تدور الحلاوة فيه.

هذا قولنا وقول فقهاء الأمصار.

وحُكي عن قوم أنهم قالوا: بدوُّ الصَّلاح طلوع الثريا[4].

---

(1) في (ع): (ترطيب)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) المباطخ: جمع مبطخة: موضع البطيخ ومنبته. تاج العروس (بطخ).

(3) المقاثي: جمع مقثأة، والمراد بها ما يشمل القثاء، والخيار، والقرع، والباذنجان، ونحو ذلك. حاشية الدسوقي (3/ 182).

(4) وهو قول زيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم، قال ابن عبد البر: «طلوع الثُّرَيَّا صباحا عند أهل العلم يكون لاثنتي عشْرةَ ليلةً تمضي من شهر أيار». الاستذكار (6/ 306).

ودليلنا:

ما رَواه مالكٌ عن حُميد الطويل عن أنس بن مالك: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تُزهي، فقيل له: يا رسول الله وما تُزهي؟ قال: حتى تَحمرَّ»[1].

ورُوي أنَّه ﷺ: «نهى عن بيع العنب حتى يَسوَدَّ»[2].

ورَوى ابن عباس أنه ﷺ قال: «لا تُباع الثمرة حتى تُطعم»[3].

ولأنَّ مَن يبيعها قبل بدوِّ الصَّلاح إنما هو لتسلَم مِن العاهات، وذلك بتغيير الصفات عليها.

فأمَّا ما رُوي عن ابن عمر أنَّ ذهاب العاهات هو طلوع الثُّرَيا[4]؛ فإنما المراد به أنَّ الغالب حصول إزهائها في ذلك الوقت.

فصل:

وإذا بَدا الصَّلاح في نخلة مِن بستان؛ كان ذلك بدوُّ الصَّلاح في جميع نخيل ذلك البستان إذا كان طيبا متتابعا، ولم يكن مبكرا، وكذلك إذا بَدا [و/284] الصَّلاح في نوع مِن الثمار؛ كان ذلك كبدوِّ الصَّلاح في جميع ذلك النوع.

والأصل في ذلك: أنَّ المنع إنما كان لخوف الآفة والعاهة، فإذا بَدا

---

(1) موطأ مالك (2290)، ومن طريقه البخاري (2198)، ومسلم (1555).

(2) تقدم تخريجه (ص: 182)، وفيه استغراب الترمذي.

(3) رواه أحمد في المسند (2247)، وهو في صحيح مسلم (1538) من حديث جابر بن عبد الله.

(4) رواه أحمد في المسند (5012)، وهو عند البخاري (1486)، ومسلم (1534) دون لفظ: «طلوع الثريا».

الصَّلاح في البعض وتواتر ذلك فقد أُمنت العاهة فيه.

ولأنَّا لو لم نجوِّز ذلك للَحِق منه ضررٌ عظيم ومشقَّةٌ شديدة؛ لأنه لا يكاد ينضبط فيُعرف، فكان الوجه ما قلناه لأَمْنِه مِن العاهة، ولزوال المشقَّة فيه.

فأمَّا إذا كان الطيب غيرَ متولِّد، وكان شيئا مبكرا فلا معتبر به؛ لأنَّ ذلك لا ينبئ عن سلامة الثمرة مِن لحوق الآفة بها؛ لأنَّ الزمان ليس بزمان طِيبها، لأنه لو كان ذلك وقتَ طيبها لاتَّصل ذلك وتتابع؛ [فلذلك][1] قلنا: لا عبرة به.

ولأنه ﷺ قال: «حتى يبدوَ صلاحُها»، أراد الصَّلاح المعتاد المألوف، لا المبكِّر الذي يجري مجرى النادر الشاذ.

فرعٌ:

إذا طابت نخلة في قَراح[2]؛ جاز بيع ما في القَراح وما حواليه بطيب تلك النخلة إذا كان متتابعا -على ما ذكرناه-.

وقال الشافعي: [لا يباع][3] بطيبها إلا قَراحها دون غيره[4].

وهذا غلط؛ لأنه إذا جاز بيع ما في القَراح بطيب بعضه جاز بيع ما حوله بطيبه.

ولأنه لا فضل في ذلك إلا قيام الجدران والحوائل الفاصلة بين الأملاك،

---

(1) في (ع): (فكذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) القراح من الأرضين: كل قطعة على حيالها من منابت النخل وغير ذلك. وقيل: المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر. تاج العروس (قرح).

(3) زيادة من شرح الرسالة لصالح الهسكوري [46/ ب-أزهرية] نقلا عن المصنف.

(4) الأم (3/ 83).

بدليل أنها لو قُلعت لجاز بيع الأقرحة بطيب هذه النخلة، فكون الجدران فيها لا تأثير له في منع ذلك.

ولأنَّ المنع مِن بيعها قبل بدوِّ الصَّلاح خِيفة العاهة عليها، فإذا أُمن ذلك في بقية القراح بطيب بعضه [أمِن][1] ذلك فيما جاوره.

وإنْ قالوا: إنما أجزنا ذلك في القَراح الواحد؛ لأنَّ منع تجويزه يؤدِّي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي.

قلنا: هذا باطل مِن وجهين:

أحدهما: أنه خلاف تعليل صاحب الشرع بقوله: «أرأيتَ إذا منعَ الله الثمرة فبِمَ يأخذ أحدُكم مالَ أخيه؟»[2]؛ فيقال بزوال ما يخاف عليها مِن العاهة.

والثاني: أنه لا فصل عندهم مِن أنْ يكون ما يجاور القَراح لمالكه أو لغيره.

والله أعلم.

فرع:

ولا يجوز بيع صنفٍ مِن الثمار بطيب صنف غيره؛ كالرُّطب والعنب.

خلافا لليث بن سعد[3].

لنهيه ﷺ «**ن** بيع الثمرة حتى يبدوَ صلاحُها، قيل: وما بدوُّ الصَّلاح؟ قال:

---

(1) في (ع): (من)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) أخرجه البخاري (2198)، ومسلم (1555) من حديث أنس بن مالك.

(3) الحاوي الكبير (5/ 194).

«أنْ تحمَرَّ»[1]، و«نهى عن بيع العنب حتى يسوَدَّ»[2]، فاعتبر في كل ثمرة تغيُّر الصفة عليها دون غيرها.

ولأنَّ الثمار لمَّا كانت تتفاوت في إدراكها وملاحقتها تفاوتا شديدا، وتتباين تباينا بعيدا لم يكن إدراك بعضها دالًّا على تخلِّص غيره مِن الآفة والعاهة؛ فوجب اعتبار طِيب كلِّ نوعٍ بنفسه دون غيره.

ولأنَّا إذا منَعْنا في النوع الواحد أنْ يُباع بالطيب الموجود فيه إذا كان مبكرا غير متَّصل -مع كونه أقرب أنْ يدلَّ على نفي العاهة عنه وسلامته مِن طيب غيره-؛ كان المنع بطيب غيره أَوْلى، والله أعلم.

فرع:

قال مالك -رحمه الله-: «وكل شجرة تُطعِم بَطنَيْن في السَّنة فلا يُباع الآخِر مع الأول، ويُباع كل واحدٍ على حدَتِه»[3].

وهذا لأنَّ طيب الثمرة التي تُباع باقية -بحصوله في البعض منها- هو الطيب المتَّصل المتلاحق؛ لدلالته على سلامتها مِن العاهة والآفة، وما بين هذين البطنين غير متَّصل ولا متلاحق، فهما ثمرتان؛ لا تُباع إحداهما بطيب الأخرى، كما لا تُباع ثمرة [و/ 285] العام الثاني بطيب ثمرة هذا العام؛ فكذلك حكم البطنين في السَّنة، والله أعلم.

---

(1) رواه البخاري (2198)، ومسلم (1555).

(2) تقدم تخريجه (ص: 182)، وفيه استغراب الترمذي.

(3) النوادر والزيادات (6/ 190).

فصل:

بيعُ الحنطة في سنبلها لا يجوز بالإجماع، فأمَّا بيع السُّنبل نفسه إذا اشتدَّ ويبس واستغنى عن الماء فجائز، وهو معنى قول أبي محمد: «ولا يجوز بيعُ الحبِّ حتى يشتد»[1].

وهذا قولنا وقول أبي حنيفة[2].

ومنعَ منه الشافعي[3]، قال: لنهيه -عليه السلام- عن بيع الغَرر[4]، وهذا منه.

ورُوي: «أنه نهى عن بيع الطعام حتى يُفرَك»[5] معناه: يُدرَس ويُصفَّى.

ورُوي: «أنه نهى عن بيع الطعام حتى يَجري فيه الصاعان»[6]؛ أراد أنْ يصير [بحيث][7] يُمكن كَيلُه.

---

(1) النوادر والزيادات (6/ 191).

(2) التجريد للقدوري (5/ 2407).

(3) في مذهبه الجديد؛ الحاوي الكبير (5/ 199).

(4) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

(5) رواه البيهقي في الكبرى (10614) من طريق حماد بن سلمة عن حميد عن أنس، وقال: «قوله: «حتى يفرك» إن كان بخفض الراء على إضافة الإفراك إلى الحب؛ وافق رواية مَن قال: «حتى يشتد»، وإن كان بفتح الراء ورفع الياء على إضافة الفرك إلى مَن لم يسم فاعله؛ خالف رواية مَن قال فيه: «حتى يشتد»، واقتضى تنقيته عن السنبل حتى يجوز بيعه، ولم أر أحدا مِن محدثي زماننا ضبط ذلك، والأشبه أن يكون: «يفرِك» بخفض الراء؛ لموافقة معنى مَن قال فيه: «حتى يشتد»، والله أعلم، وقد رواه أيضا أبان بن أبي عياش -ولا يحتج به- عن أنس».

(6) تقدم تخريجه (ص: 123).

(7) في (ع): (تحبب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ولأنَّ المقصود مستتر بما [لا][1] يدَّخر بعد إخراجه منه، فلم يجز بيعه معه؛ أصله: تراب المعدن والصاغة.

ولأنَّ الغَرر إذا لم تَدعُ حاجة إليه لم يَجز، ولا حاجة تدعو هاهنا؛ لأنه يمكن بيعه بعد دراسه.

ودليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275].

ورَوى أيوب عن نافع عن ابن عمر: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع النَّخل حتى يُزهي، وعن السنبل حتى يبيَضَّ»[2].

ورَوى حمَّاد بن سَلَمة عن حُميد عن أنس: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحبِّ حتى يشتدَّ»[3].

فلمَّا علَّق المنع بغاية -وهو أنْ يبيَضَّ- دلَّ على أنَّ ما بعد الغاية بخلافها.

ولأنه مأكولٌ دون حائل مِن أصل الخِلقة؛ فجاز بيعه معه؛ أصله: الجَوز واللوز.

فإنْ قيل: المعنى فيه لأنه لا يُدَّخر إذا أخرج؛ لأنه يفسد، والطعام بخلافه؛ لأنه يدَّخر إذا أخرج مِن السنبل.

قلنا: ينتقض بالشعير؛ لأنهم يجوِّزون بيعَه في سنبله مع السنبل، وإنْ كان

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) رواه مسلم (1535).

(3) تقدم تخريجه (ص: 182).

مستترا بما إذا أخرج منه ادخر.

وإذا ثبت هذا؛ فلا نسلِّم أنه غَرر؛ لأنه إذا شاهد السنبل سليما، وفرك بعضه، ووقف عليه، وقد صار إلى حالٍ يأمَن معها تغيُّره؛ فالظاهر سلامته وعدم الغَرر فيه.

وقوله: «حتى يفرِك»؛ ليس بمحفوظ إلا بالكسر، ومعناه أنْ ييبس، وهذا شاهد لنا.

ونهيه عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ لا يتناول موضع الخلاف، لأنَّ ذلك في بيع الطعام المفرد بالبيع، وهذا بيع السنبل.

فأمَّا تراب الصاغة؛ فالغَرر يعظم فيه، لأنه لا يُشاهَد شيء ممَّا فيه، ولا يُدرى هل فيه شيء أم لا؟

وقولهم: «إنَّ الحاجة لا تدعو إلى بيع السنبل»؛ باطلٌ، لأنه ما دام في سنبله يأمن السوس، ولأنَّ صاحبه يريد بيعَه مِن غير تكلُّفِ دِراسٍ وحصاد ونقلٍ وغير ذلك، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز بيعُ ما في الأنهار والبِرَكِ مِنَ الحِيتان).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

لا خلاف في أنَّ النهر الذي لا يُملك ولا ينفذ إلى غيره فإنَّ بيع ما فيه مِن

السمك لا يجوز؛ لأنه لا يُملك إلا بالأخذ.

ولأنه لا يَملك تسليمَه قبل صيده.

ولأنه مجهول، فهو كالطير في الهواء.

فأمَّا إنْ كان في أَجَمَة[1] مملوكة أو غَدير ولا يقدر عليه إلا بالصيد، ولا يعلم قدره، ولا حبس الماء عنه؛ فلا يجوز بيعه.

وحكى أهل الخلاف عن ابن سيرين[2] جواز بيع السمك في الآجام، قال: «لأنه محصورٌ في موضعه، فهو كما لو قال: بعتُك [حشيش][3] هذه الأَجَمَة؛ فإنه يصحُّ».

وهذا غلط؛ لنهيه عن بيع الغَرر، وهذا منه.

ولأنه لا يمكن تسليمه بعد العقد، فأشبَه الطير في الهواء، والسمكَ في الماء.

ويفارق الحشيش؛ لأنه مقدورٌ على تسليمه عقب العقد.

فأمَّا إذا كان في بِركة [و/ 286] **أو غديرٍ**؛ فلا يجوز عندنا وعند الشافعي[4]، ويجوز عند أبي حنيفة إذا كان السمك صار فيها بفعله[5].

---

(1) الأجمة: الشجر الكثيف الملتف، والجمع أجم وآجام. وفي قولهم: بيع السمك في الأجمة: يريدون البطيحة التي هي منبت القَصب. المغرب (أجم).

(2) كذا، وفي كتب الخلاف: عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى، ينظر: الإشراف لابن المنذر (6/ 20)، والمحلى (7/ 301)، والمغني (4/ 152).

(3) زيادة من شرح صالح الهسكوري على الرسالة [47/ أ-أزهرية] نقلا عن المصنف.

(4) تهذيب المدونة (3/ 264)، الحاوي الكبير (5/ 327).

(5) المبسوط (13/ 12).

فدليلنا:

نهيه ﷺ عن بيع الغَرر[1]، وهذا منه؛ لأنه لا يُدرى أيقدر عليه أم لا يقدر، وكيف هو إذا أخذه.

ولأنَّ بيع السمك في الماء غير مَصيد لا يجوز؛ أصله: إذا لم يُقدر عليه إلا بصيد.

ولأنه لا يمكن تسليمه بعد العقد؛ لأنَّ السمك إذا كان في غدير أو بِركة فإنه يَتوارى في زواياها بحيث يتعذَّر الوصول إليه، ولا يُعرف قدره.

ولأنه يُرى في الماء أحسن ممَّا يُرى في اليد، فيظنُّه الرائي سمينا، فيجده بخلاف ذلك، وهذا كلُّه غَرر.

ولأنه باع ما يصاد قبل أخذه ونقلِه عن حاله؛ فأشبه إذا باع الطير وقد [خلاه عن][2] برجه، أو الغزلان في الصحراء بحيث تقدر على الهروب.

ولا يجوز اعتباره بما في الإناء؛ بعلة أنه باع ما يملك منه مِن غير حاجة إلى صيده، وأنه حدث عن فعله، وذلك لأنها في الإناء مرئية لا يمكنها التواري ولا كُلفة في أخذها، فكونها في الإناء وفي اليد سواء، وذلك كالطائر في القفص.

فأمَّا اشتراطهم القدرة عليه بغير صيدٍ؛ فمحال، لأنه إذا كان في بِركة وغدير فلابدَّ مِن تكلُّف الصيد له، ولو أُخذ باليد، وليس إذا اختلف التكلُّف في

---

(1) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

(2) في (ع) ما صورته: (خده على)، والمثبت من الإشراف (2/ 508).

الصيد فصعب بعضه وسهل البعض ما يجب أنْ يجوز بيعه غير مصيد.

ولأنه إذا كان ممَّا يوجد بغير صيد؛ لم يجز بيعُه إذا كان مخلوقا في البِركة مِن غير فعله، وقد بطل اعتبار الصيد.

فإنْ قيل: إذا حدث في ملكه بغير فعله فهو على أصل الإباحة.

قلنا: لا فصل بين أنْ يكون صار في ملكه بفعله أو بغير فعله مِن أنه على أصل الإباحة، وإنْ كانت تلك الغديرة قديمةً لم يصنعها هو.

فأمَّا إنْ كان هو الذي صنعَها واتَّخذ السمكَ فيها فلا يجوز لأحدٍ أنْ يَصيد منها إلا بإذنه، وهي مِلكٌ له.

وليس يُراعى هاهنا الإباحة والانتقال عنها؛ لأنَّ الآبِقَ لا يجوز بيعُه وإنْ كان منتقلا [عن][1] مباح، فكذلك هذا، والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا بيعُ الجَنينِ في بطن أمِّه، ولا بيعُ ما في بطون سائرِ الحيوان، ولا بيعُ [نِتاجِ][2] ما تُنْتَجُ الناقةُ، ولا بيعُ ما في ظهور الإبل، ولا بيعُ الآبق والبعير الشَّارِد).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رضي الله عنه-:

اعلم أنَّ هذا كله قد انتظمه عموم نهيه ﷺ عن بيع الغَرر، والغَرر موجودٌ

(1) في (ع): (غير)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة من متن «الرسالة»، ومما سيأتي في الشرح.

في جميع هذه المسائل، إمَّا مِن جميع جهاته أو أكثرها؛ لأنَّ جهات الغَرر:

الجهل بوجود الشيء وعدمه.

وبكونه حيا أو ميتا.

أو بصفاته المقصودة.

أو لعدم تسليمه.

أو تعذر سلامته إلى وقت التسليم.

وكل هذا موجودٌ فيما ذكره، إلا أنَّا نبيِّنه مفصَّلًا.

أمَّا (بيع الجنين في بطن أمِّه)؛ فغير جائز، ولا خلاف في ذلك أعلمُه، لأنه لا يُعلم هل الحمل حقيقة أم لا؟ لجواز أنْ يكون ريحًا ينفش؛ إذا كان طريقه الاجتهاد والظن، لا الحقيقة.

ولأنه لو عُلم وجوده لم يُعلم هل هو حي أم لا؟

ولو عُلم ذلك لم تُدرَ صفتُه، وهل هو ذكرٌ أم أنثى؟

ولا يُدرى هل يَسلَم إلى وقت خروجه.

ولا يمكن تسليمه وقت العقد؟

وبعض هذا يكفي في المنع مِن بيعه.

وأمَّا (بيع نِتاج ما تُنتج الناقة)؛ فهو حَبَل الحَبَلة التي نهى النبيُّ ﷺ عنه[1]، وذلك أدْخَلُ في الغَرر والجهالة مِن مسألتنا.

---

(1) أخرجه البخاري (2143)، ومسلم (1514) من حديث ابن عمر.

وأمَّا (بيع ما في ظهور الإبل)؛ وهي المَضامين، [و/287] قد دخل أيضًا في الغَرر مِن الوجوه التي وصفناها.

وأمَّا (بيع الآبقِ) أيضًا؛ فغير جائز، خلافا لمَا حُكي عن ابن عمر[1]:

لأنه لا يُدرى:

هل هو موجود أو تالف؟

وهل هو باقٍ على صفته أم تغيَّر بقطع يد، أو ذهاب عين، أو حدوث عيبٍ آخر؟

ولأنَّ تسليمه غيرُ مقدورٍ عليه، اللَّهم إلا أنْ يحبسَه إنسانٌ عنده، ويُعَرِّف صفتَه، ويعلم بذلك سيِّده؛ فيجوز بيعُه منه إذا عرف سيِّده صفتَه التي هو عليها، وحصل مقبوضا لمبتاعه.

وكذلك (البعير الشارد) والآبق سواء، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ونُهي عن بيع الكلابِ، واختُلِف في بيع ما أُذِنَ في اتِّخاذِه منها، وأمَّا مَن قتلَه فعليه قيمَتُه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

أمَّا ما لا يجوز اتِّخاذه منها فلا يجوز بيعُه؛ لأنَّ منع اتِّخاذه يتضمَّن منع

(1) ويروى أيضا عن ابن سيرين وشريح. الإشراف لابن المنذر (6/ 19)، المحلى (7/ 289).

بيعه، وإلا كان في ذلك إضاعة المال، أو ركوب النهي، وكل ذلك ممنوع.

ولنهيه ﷺ عن ثمن الكلب، وهذا على ظاهره.

فأمَّا ما أُذن في اتِّخاذه -وهو كلب الزَّرع والصيد والماشية- فاختَلف أصحابنا في بيعه، فمنهم مَن منعَه ومنهم مَن كرهه.

ووجه التَّحريم:

ما رُوي «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب»[1]؛ والنهي ظاهرُه التحريم.

ولأنه حيوان منهيٌّ عن اتِّخاذه إلا للضرورة؛ كالسِّباع.

أو لأنه عينٌ يُغسل الإناءُ مِن ولوغه؛ فأشبَه الخنزير.

ووجه الكراهية:

حديث حمَّاد بن سَلَمة عن أبي الزُّبير عن جابر: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب؛ إلا كلب صيدٍ أو زرع أو ماشية»[2]؛ وهذا نصٌّ.

(1) أخرجه البخاري (2237)، ومسلم (1567) من حديث أبي مسعود الأنصاري.

(2) جمع المؤلف بين حديثين:

الأول: أخرجه النسائي (4668) من طريق حمَّاد بلفظ: «نهى عن ثَمَن الكلب والسِّنَّوْر، إلا كلب صيد». وقال: «هذا منكر». وأخرجه مسلم (1569) من طريق معقل عن أبي الزبير دون لفظ الاستثناء.

والثاني: عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من اتخذ كلبًا، إلّا كلب ماشيةٍ أو صيد أو زرع؛ انتقص من أجره كل يوم قيراط». أخرجه مسلم (1575).

قال البيهقي في الكبرى (11012): «والأحاديث الصحاح عن النبي ﷺ في النهي عن ثمن الكلب =

ولأنه جارحة يُصاد بها؛ فأشبَه البازي.

ولأنه حيوانٌ يُملَك بالأخذ؛ فوجب أنْ يُملَك بالبيع، كالصيد.

ولأنه حيوانٌ يُملَك بالوصية؛ كسائر الحيوان.

قالت هذه الطائفة مِن أصحابنا: وأخبار المنع محمولةٌ على الكلب الذي لا يُنتفع به، قالوا: ولأنَّ الإباحة متأخِّرة؛ بدليل أنه ﷺ لمَّا أمر بقتل الكلاب قيل: يا رسول الله ما أحلَّ لنا مِن هذه الأمَّة التي أمرتَ بقتلها؟ فأنزل الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: 4][1].

والمعنى لا يوجد في السباع؛ لأنه لا ضرورة بنا إلى اتِّخاذها.

فأمَّا الخنزير؛ فلا يُنتفع به على كل وجه، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا مَن قَتل لرجل كلبًا ينتفع به لصيد أو زرع أو ماشية فعليه قيمته عندنا.

وقال الشافعي: لا قيمة عليه[2].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنها عينٌ مأذونٌ في اتِّخاذها للانتفاع بها؛ فوجب إذا أتلف على صاحبها [أنْ][3] تلزم القيمة مُتلفها، كسائر الأعيان.

ولأنه حيوانٌ تصحُّ الوصية به؛ فأشبَه الخيل والبغال.

خاليةٌ عن هذا الاستثناء، وإنما الاستثناء في الأحاديث الصحاح في النهي عن الاقتناء، ولعله شُبِّه على مَن ذَكر في حديث النهي عن ثمنه من هؤلاء الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعين».

(1) ينظر تفسير الطبري (8/ 100).

(2) الأم (3/ 14).

(3) زيادة من الإشراف (2/ 409).

ولأنه حيوانٌ مأذون في الانتفاع به؛ كسائر الحيوان.

ولأنه بهيمة يجوز الاصطياد بها؛ فأشبَه البازي والصقر.

ولأنَّ إجارته جائزة على أصحِّ وجهي أصحاب الشافعي، وإذا جازت إجارتُه جاز أنْ تجب القيمة على متلِفه؛ كسائر البهائم.

ولأنَّ المنع مِن ذلك لا يخلو أنْ يرجع إلى عينه، أو إلى عدم ملكه، أو إلى منع ثمنه، أو إلى منع الانتفاع به:

فإنْ كان راجعا إلى عينه؛ فعينه طاهرة عندنا، وليس فيه ما يقتضي المنع.

وإنْ كان لعدم الملك؛ فعندنا أنه يُملك.

وإنْ كان إلى منع ثمنِه؛ فينتقض بأمِّ الولد وغيرها.

وإنْ كان إلى منع الانتفاع به؛ فذلك جائزٌ عندنا وعند المخالف.

فلم يبقَ ما لأجله يجب المنع، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوزُ بيعُ اللَّحمِ بالحيوان مِن جنسِه).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ لا يخلو اللحم أنْ يكون مِن نوع الحيوان أو يكون مِن غير نوعه: [و/ 288]

فإنْ كان مِن نوعه؛ فلا يجوز أنْ يُباع به، وذلك كلحم شاةٍ بشاة، أو ببقرة،

أو ببعير، أو ببعض الوحش، لأنَّ لحوم هذه نوعٌ واحد.

وإنْ كان مِن غير نوعه؛ فيجوز، مثل أنْ تباع شاة أو ثور بلحم طيرٍ أو حوت.

وقال أبو حنيفة: يجوز اللحم بالحيوان على كل وجه[1].

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك على كل وجه[2].

فالكلام في هذه المسألة في موضعين:

أحدهما: مع أبي حنيفة في [منع][3] بيع اللحم بجنسه مِن الحيوان.

والآخر: مع الشافعي في جوازه بغير جنسه.

والدليل أنه لا يجوز أنْ يبتاع اللحم بالحيوان مِن جنسه:

ما رَوى مالكٌ عن زيد بن أسلَم عن سعيد بن المسيب: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان»[4].

ورُوي: «أنه نهى عن بيع الحي بالميِّت»[5].

---

(1) التجريد للقدوري (5/ 2375).

(2) الحاوي الكبير (5/ 157).

(3) زيادة يقتضيها السياق.

(4) موطأ مالك (2414) وهذا مرسل، وروى البيهقي في الكبرى (10573) نحوه من قول أبي بكر الصديق، و(10572) عن القاسم بن أبي بزَّة مرسلا، و(10569) من طريق الحسن عن سمرة، ونقل عن ابن خزيمة قوله: «هذا إسناده صحيح، ومَن أثبت سماع الحسن البصري من سَمُرة بن جُندب عدَّه موصولا، ومن لم يثبته فهو مرسل جيد يضمُّ إلى مرسل سعيد بن المسيب والقاسم ابن أبي بزَّة وقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه».

(5) رواه عبد الرزاق (14162) وأبو داود في المراسيل (177) عن سعيد بن المسيب مرسلا، =

فإنْ قيل: المذكَّى ليس بميت.

قيل له: «الميتة» في اللغة: اسم لمَا فارقته الحياة، وفي عُرف الشرع: «لمَا مات حَتف أنفه»، إلا أنه لمَّا خُصَّ النهي بالحي علِمنا أنه أراد بالميت المذبوح.

ورَوى الناس مِن حديث ابن عباس أنَّ جَزورا نُحر على عهد أبي بكر -رضوان الله عليه- فجاء رجل بعَناق[1] فقال: اعطوني [جزءا][2] بها، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا[3].

وكان ذلك بمحضَرٍ مِن الصحابة، فلم يُنكره أحد.

فإنْ قيل: يحتمل أنْ يكون الجَزور مِن إبل الصدقة؛ فلا يجوز بيعها.

قيل له: الظاهر أنَّ منع البيع كان بالعَناق، لا البيع ممنوع على الإطلاق؛ فلا يجوز نقل الحكم عن سببه.

وعلى أنها لو كانت مِن إبل الصدقة لم يخْفَ على الناس منع بيعها.

ويدلُّ عليه نهيه ﷺ عن المزابنة[4]، والمزابنة: بيعُ مجهولٍ بمعلوم مِن جنسه.

والبيهقي في الكبرى (10572) عن القاسم بن أبي بزَّة مرسلا، وينظر ما قبله.

(1) العَنَاق: الأنثى من ولد المَعْز، والجمع أَعْنُق وعُنُوق. مختار الصحاح (عنق).

(2) زيادة من مصادر التخريج.

(3) أخرجه عبد الرزاق (14165) وابن حزم في المحلى (8/ 517)، والبيهقي في المعرفة (11143)، وقال الذهبي في المهذب (4/ 2061): «فيه واهيان».

(4) أخرجه البخاري (2171)، ومسلم (1542) من حديث ابن عمر.

ويدلُّ عليه:

نهيه -عليه السلام- عن بيع الغَرر[1]، وهذا منه؛ لأنَّ صاحب اللحم لا يَدري هل في هذا الحيوان مِثل اللحم الذي أعطى أو أقل أو أكثر.

ولأنهم قد وافقونا على [أنَّ][2] بيع السِّمْسم بالشَّيْرَج[3] لا يجوز، إلا أنهم يقولون: لا يجوز أنْ يُباع بشَيْرج أكثر مِن الشَّيْرج الذي فيه.

فنقول: لأنَّ اللحم فرعٌ يدخله الرِّبا؛ فلا يجوز بيعه بأصله مِن غير صناعة مؤثِّرة؛ أصله: الشَّيْرج بالسِّمْسم.

فإنْ قالوا: حُكم الرِّبا معتبرٌ في السِّمْسم؛ بدليل منع بعضِه ببعض متفاضلا، وذلك غير معتبر في الحيوان، ولا في اللحم الذي فيه.

قلنا: لا يمتنع ألَّا يُعتبر حُكم الرِّبا في اللحم الذي في الحيوان إذا بِيع الحيوان بعضُه ببعض، وأنْ يُعتبر ذلك فيه إذا بِيع باللحم، كما أنَّ السِّمْسم إذا بِيع بعضُه ببعض لا يعتبر فيه حُكم الشَّيْرج الذي فيه، ثم إذا بِيع بشَيْرج اعتُبر عندكم حكم الرِّبا في الشَّيْرج الذي فيه؛ فلا يجوز أنْ يُباع بالشَّيْرج أكثر مِن الشَّيْرج الذي فيه.

ولأنَّ مِن أصلنا الحُكم بالذرائع، وهذه المسألة منه؛ لأنهم لمَّا[4] أنَّ اللحم

---

(1) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) الشيرج: دهن السِّمسم. ويقال للسِّمسم أيضا: الجُلجُلان. المصباح المنير (شرج)، النهاية (جلجل).

(4) كذا في (ع)، وفيه سقط تقديره: (رأوا) أو (علموا) وما في معناه.

باللحم لا يجوز متفاضلا عَدَلوا إلى بيع شاة حيَّةٍ بشاة مذبوحة، أو بأرطال مِن لحم، وإذا كان كذلك؛ وجب منعه.

واحتجَّ المخالفون بأنْ قالوا:

لأنَّ الحيوان لا ربا فيه، واللحم فيه الربا؛ فجاز بيع أحدهما بالآخر، كالدراهم بالثياب.

فالجواب: أنَّ الثياب لا ربا فيها، ولا فيها ما فيه الربا، والحيوان وإنْ لم يكن فيه ربا؛ ففيه ما فيه الربا وهو اللحم، فإذا بِيع باللحم جاز اعتبار الربا فيه.

ولأنَّ ذلك نوع مِن المزابنة؛ لأنه مجهول بمعلوم مِن جنسه، وفي الثياب باللحم أو الدراهم لا يوجد ذلك.

قالوا: ولأنَّ اعتبار لحمِ الحيوان حالَ حياته غير [و/289] معتبَرٍ باتفاق؛ لأنه لا يجوز بيعه إلا بعد الذكاة، بدليل أنه لا يجوز بيع يدِه ورجلِه حال الحياة، ويجوز ذلك إذا ذُكِّي، وإذا لم يُعتبر لحمه حال الحياة جاز بيع بعضِه ببعض.

فالجواب: أنَّ هذا غير صحيح؛ لأنَّ بيع يده ورجله لم يمتنع لأجل الذكاة؛ لكن للجهالة، ألا ترى أنَّ بيع نصفِه وثلثِه والجزء الشائع منه جائزٌ لخروجه عن الجهالة، ولا يجوز بيع يدِه ورجله قبل الذكاة، ولا بعدها وقبل السَّلخ، فسقطَ اعتبار الذكاة.

وكذلك سائر الحيوان الذي لا يُؤكل كالعبد والحمار؛ لا يجوز [بيع يده][1] ولا رجله، ويجوز بيع الجزء الشائع منه؛ لإمكان التصرُّف بقدر

(1) في (ع): (بيعه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

الجزء، [وأمان][1] الجهالة.

قالوا: ولأنَّ اللحم مَوزون، والحيوان معدود، وبيعُ المعدود بالمَوزون جائز.

فالجواب: أنَّ الجَوز الصحيح معدودٌ ولا يجوز بيعه بقِشره، وإنْ كان موزونًا، وكذلك الزيت عندكم مَوزون، والزيتون مَكيل، ولا يجوز أحدهما بالآخر، وكذلك الغَزْل والقطن موزونان، وبيع أحدهما بالآخر جائز، فبطل اعتبار الكيلِ والوزن والعدد بنفسه، وصحَّ أنَّ اعتبار الأشياء تجب في أنفسها، ثم حينئذ يُراعى الكيل والوزن والعدد في تقدير منع الفضل فيها.

قالوا: ولأنَّ الحيوان لا يحلُّ إلا بفعلٍ آخر -وهو الذكاة- فكان الاختلاف بينه وبين اللحم أكثر مِن الاختلاف بين الجنسين.

قلنا: الأفعال لا تؤثِّر في التحليل والتحريم إلا أنْ تكون صناعة مؤثِّرة.

يبيِّن ذلك: أنَّ استخراج الدهن مِن السِّمْسم أشدُّ وأكثرُ مِن ذبح الشاة، ثم لم يجعل في الجنسين، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا الكلام مع الشافعي في إباحة ذلك بغير جنسه؛ فالذي يدلُّ على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[البقرة: 275]، وسائر الظواهر.

ولأنه لحمٌ بِيع بلحم بجنس مخالفٍ له، فأشبه إذا بِيع الحيوان واللحم،

(1) في (ع): (وأما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فكان هذا الحيوان إنما يُراد لأنْ يُركب ويُحمل عليه، ولا يُراد مثله للحم؛ صار بمنزلة البغال والحمير باللحم.

ولا فرق بين أنْ يُؤْذِن الشرعُ بأنَّ مثل هذا لا يُراد للأكل وبين أنْ يؤذن العُرف والعادة بذلك.

واحتجَّ المخالفُ:

بنهيه ﷺ عن بيع الحيوان باللحم(1).

وهو مخصوصٌ بقوله: «وإذا اختلفت الأجناسُ فبيعوا كيف شئتُم»(2).

قالوا: وفي حديث أبي بكر -رضوان الله عليه- أنه منعَ الرَّجلَ أنْ يشتري مِن لحم الجَزور بالعَناق(3).

والجواب: أنَّا كذلك نقول؛ لأنهما عندنا جنس إذا كانت العَناق لا تَصلح إلا للذبح، فتدخله المُزابنة.

قالوا: ولأنه بَيعُ لحمٍ بحيوان مأكولٍ؛ فأشبَه إذا كان مِن جنسه.

قلنا: لا يصحُّ هذا لأمرين:

أحدهما: أنَّ الجنس معنى معتبَرٌ في الرِّبا بإجماع؛ فلا يجوز أنْ يُقال إذا حرم التفاضل أو الجُزاف في بيع الشيء بجنسه وجب أنْ يحرم في غير جنسه.

والآخر: أنَّ بيعَه بالجنس يدخله الرِّبا والمُزابنة، وبيع المعلوم بالمجهول

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 207).

(2) أخرجه مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت.

(3) تقدم تخريجه (ص: 208).

مِن جنس، وبخلاف ذلك إذا لم يكن المقصد مِن الحيوان اللحم؛ لأنَّ الأغراض تختلف، فيصير كأنه باع لحمًا بعبد أو بثوب.

فإنْ قالوا: فمِن أصلكم القول بالذرائع، والذريعة هاهنا موجودة إلى المزابنة والرِّبا.

قلنا: ليس كذلك، إنما نقول هذا فيما تتَّفق الأغراض فيه، فتقوى التُّهمة في أنَّ القصد إلى الأمر الممنوع، فأمَّا إذا اختلف الغرض؛ فالأمر محمولٌ على أغراض الناس ومقاصدهم في العادة، ولا اعتبار بالشاذ النادر.

وبالله التوفيق.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز بَيْعَتانِ في بَيْعةٍ، وذلك أنْ يَشتريَ سِلعةً إمَّا بخمسةٍ نقدًا أو بعشرةٍ إلى أجلٍ قد لزِمَتْه بأحَدِ الثَّمَنَيْن).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب [و/ 290] **-رضي الله عنه-:**

وهذا ممَّا قد أجمع على منعه؛ لنهي النبيِّ ﷺ عنه[1]، وفسَّره أهل العلم بذلك، وهو بيعٌ كانت الجاهلية تتبايعه بينها، مثل حَبَل الحَبَلة وغيره، فمنع النبيُّ ﷺ بيعَه.

(1) رواه الترمذي (1231) والنسائي (4632) من حديث أبي هريرة بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»، وقال الترمذي: «حسن صحيح».

ومعناه يرجع إلى الغَرَر والجهل.

فأمَّا الجهل؛ فهو أنَّ العقد وقع على ثمنٍ مجهول، لأنَّ البائع يعلم أنه قد لزم ذمَّة المشتري عِوض عن هذا المَبيع، إلا أنه لا يَدري هل هو حالٌّ أو مؤجَّل، ولا يعلم قدره، وكذلك المشتري يتحقَّق أنه قد لزم ذمَّته أحد الثمنين، ولا يدري قدره ما هو.

وأمَّا الغَرَر؛ فمِن الوجه الذي ذكرناه.

ولأنه يرغب في الأجل لزيادة الثمن، وكذلك المشتري تارةً يرغب في النقد لنقصان الثمن، وتارة في الأجل للتأخير، ولا يعلم كل واحدٍ ما حصل له في ذمَّة الآخر، وكل ذلك ممنوع.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز بيعُ التَّمرِ بالرُّطَب، والزَّبيبِ بالعِنب، لا متماثلا ولا متفاضلًا).

قال القاضي -رحمة الله عليه-:

هذا عندنا مِن باب المُزابنة، وهو قول الشافعي[1].

وأجازه أبو حنيفة كيلًا بكَيْل[2].

واستدلَّ أصحابه:

---

(1) النوادر والزيادات (6/ 21)، الحاوي الكبير (3/ 244).

(2) الأصل للشيباني (2/ 413).

بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: 275].

ولقوله ﷺ: «إذا اختلفَ الجنسانِ فبيعوا كيف شئتُم»[1].

قالوا: ورُوي «أنه نهى عن بيع التمر بالرُّطَب»[2]، [فلنا][3] جوازه نقدًا.

قالوا: ولأنه لا يخلو أنْ يكونا جنسًا واحدًا [أو جنسين][4]، فبيعُ الجنس بالجنس جائز إذا تساويا في الكيل، وإنْ كانا جنسين كان ذلك أجوَز.

قالوا: ولأنَّ التَّساوي موجودٌ حالَ العقد؛ فلم نُراع ما حدَثَ في المستقبل مِن نقص، أصله: إذا باع تمرًا جديدًا بعتيق.

وربما قالوا: لأنهما عِوضان مِن جنس، فتوهُّم انتقاص أحدهما في ثاني حال الجفاف لا يمنع المماثلة بكيل، فلا عبرة بثاني؛ كالحِنطة بالحنطة، والتمر بالتمر، والزبيب بالزبيب، والرُّطَب بالرُّطَب.

قالوا: ولأنَّ نقصان الرُّطب بالجفاف يَحدُث بمعنى بعد العقد؛ فلم يؤثِّر في بطلان البيع؛ أصله: لو سُرق أحد المَبيعين بعد العقد.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

---

(1) رواه مسلم (1587)، وفيه: «الأصناف» بدل: «الجنسان».

(2) رواه أبو داود (3360) والترمذي (1225) والنسائي (4545) (4546) وابن ماجه (2264)، من حديث سعد ابن أبي وقاص بمعناه، وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح»، وينظر التلخيص الحبير لابن حجر (4/ 1742-1744).

(3) في (ع): (دلنا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) زيادة من شرح مختصر الطحاوي (3/ 38)، والحاوي (5/ 131).

ما رَوى مالكٌ عن عبد الله بن [يزيد][1] أنَّ زيدًا أبا عَيَّاش أخبره أنه سأل سعدَ بن أبي وقَّاص عن البيضاء بالسُّلْت؛ فقال سعد: أيَّتهما أفضل؟ فقالوا: البيضاء، فنهاه سعدٌ عن ذلك، وقال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ سُئل عن اشتراء التمر بالرُّطب، قال لمَن حوله: «أينقصُ الرُّطَب [إذا يَبِس][2]؟» قالوا: نعم؛ فنهى عن ذلك[3].

ورَوى الزهريُّ عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تبتاعوا الثَّمَرَ بالتَّمْر حتى يبدوَ صلاحها»[4]، وهو نصٌّ.

ورَوى مالكٌ عن نافع عن عبد الله بن عمر: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع المُزابنة»، والمزابنة: بيع الثَّمَر بالتَّمْر، وبيع [الكَرْم][5] بالزبيب كيلًا[6].

فلا يخلو هذا التفسير أنْ يكون مِن النبي ﷺ؛ فيلزم قبوله، أو مِن عند الراوي؛ فلا بدَّ أنْ يكون لغةً أو توقيفًا، وكل ذلك يوجب قبولَه.

فإنْ قيل: في حديث سعد ما يدلُّ على ضعفه، وهو سؤاله: أينقص الرُّطب

---

(1) في (ع): (زيد)، والمثبت من مصادر التخريج.

(2) زيادة من مصادر التخريج.

(3) موطأ مالك (2312)، ومن طريقه أبو داود (3359)، والترمذي (1225)، والنسائي (4545)، وابن ماجه (2264)، وقال الترمذي: «حسن صحيح».

(4) أخرجه مسلم (1538) من طريق الزهري بلفظ: «لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبتاعوا الثمر بالتمر».

(5) في (ع): (الزبيب)، والمثبت من مصادر التخريج.

(6) موطأ مالك (2314)، ومن طريقه البخاري (2171)، ومسلم (1542).

إذا يبس؟ وأحد لا يجهل هذا.

قلنا: لم يسأل ليتعرَّفه، وإنما سأل على وجه التقرير لهم، حتى إذا أقرُّوا به نبَّههم على موضع علة المنع؛ وهو نقصانه عنه في المستقبل، وذلك كقوله تعالى: ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَٰمُوسَىٰ﴾ [طه: 17]، إنما هو بتقرير له على أنه عصا خشب، فإذا أقرَّ بذلك أري أنها حيَّة.

فإنْ قيل: فقد روينا في خبرنا زيادة، وهي «نهى عن بيع التمر بالرُّطب نَسيئة»[1]، فوجب أنْ يكون ذلك معنى خبركم.

قلنا: هذا خبرٌ منفرد، كأنه سُئل عنه فمنع منه، ولا يجوز ضمُّه [و/291] إلى خبرنا.

ولأنَّ كل جنس جاز بيعُه بجنسه حال جفافهما جاز حال رطوبتهما؛ أصله: اللَّبَن باللَّبَن.

قالوا: لمَّا كان عظم منفعة اللبن في حال رطوبته؛ كانت تلك الحال كحال ادِّخاره؛ فجاز بيع بعضه ببعض، وليس كذلك الرُّطب، لأنَّ حال كونه رطوبة ليس معظم منفعته فيها، وإنما عظم منفعته في حال الجفاف.

فعن هذا جوابان:

---

(1) رواه الدارقطني في سننه (2994) من طريق يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد، وقال: «خالفه مالك، وإسماعيل بن أميَّة، والضَّحَّاك بن عثمان، وأسامة بن زيد، فرووه عن عبد الله بن يزيد، ولم يقولوا فيه: «نسيئة»، وإجماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه يحيى يدل على ضبطهم للحديث، وفيهم إمامٌ حافظ وهو مالك بن أنس».

أحدهما: أنَّا لا نسلِّم هذا في الرُّطب ولا في اللَّبَن؛ لأنَّ لكل واحدٍ منهما حال رطوبته منفعة تخصُّه لا يصلح لها حال يبسه، وإنما يجفَّف لا لأنَّ عظم منافعه في الجفاف؛ لكن ليبقى إلى وقت آخر، وكذلك اللَّبَن إنما يُجفَّف للادِّخار، وإلا فالمنفعة متساوية في حالتيه أو متقاربة.

والثاني: أنَّ الاعتبار في جواز البيع [منع][1] الربا عنهما، وذلك التماثلُ دون كثرة المنفعة وقلَّتها، فهذا لا يؤثِّر.

قالوا: ولأنَّ جفاف اللَّبَن بعلاجٍ وصنعة، والرُّطب جفافه بنفسه.

وهذا أيضًا لا يؤثِّر؛ لأنَّ الاعتبار بالتماثل وما يخرجهما عن المُزابنة؛ فلا فرق في ذلك بين الصنعة وعدمها.

قالوا: والفرق بين التمر بالتمر والرُّطب أنَّ التمر قد صار إلى حالٍ يؤمَن نقصانه في المستقبل، والرُّطب بخلافه.

قلنا: ينتقض باللَّبَن والخبز بالخبز على أصلهم، ثم الاعتبار بالتساوي حال العقد كالحنطة بالحنطة أنَّ بيع إحداهما بالأخرى جائز وإذا كان أحدهما إذا طُحنت زادت أو نقصت عن الأخرى.

قالوا: ورُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «أينقص الرُّطب إذا يبس؟» قالوا: نعم، قال: «فلا إذًا»، فاعتبر النقصان حال الادِّخار، وهذا موجود في الرُّطب بالرُّطب.

فالجواب: أنه لم يعتبر ذلك بمجرَّده، بدليل جواز بيع اللَّبَن باللَّبَن وإنْ

(1) زيادة يقتضيها السياق.

نقص حال الجفاف، وكذلك التمر الجديد بالعتيق، وإنما يُراعى نقصانه عمَّا في مقابلته، وأنَّ التساوي بينهما في الحال غير موجود.

قالوا: ولأنَّ عدم العلم بالتماثل كتحقيق التفاضل، بدليل بيعِ صُبْرة بصُبْرة، وهذا موجود في الرُّطب بالرُّطب.

قلنا: ومَن يسلِّم لكم أنَّ التماثل في هذا الحال.

ونحرِّر مِن هذا علة، فنقول: لأنها إحدى حالتيه، فكان متماثلًا لمَا سواه فيها مِن جنسه؛ أصله: حال الجفاف.

ولأنَّ كل حالٍ كانت طريقًا للمماثلة بين اثنين بجنسه؛ فكذلك الرُّطب؛ أصله: حال الجفاف.

فإنْ قالوا: إنما منَعْنا التماثل؛ لأنَّا لا نعلم إذا بلغَا حال الادِّخار هل ينقصان نقصًا واحدًا أو مختلفًا؟

قلنا: هذا لا اعتبار به في تساويهما في الحال؛ كاللبَن باللبَن والحنطة بالحنطة.

فإنْ قالوا: إنَّ الإبراهيمي[1] ينقص عن المَعْقِلي[2] الثلث، وذلك تفاضل.

قلنا: إنْ كان هذا صحيح[3] فإنه لا ينقص عن نوع واحد، ولم نفرِّق بين نوعه وبين غيره لتساويهما في الحال، ويَبطل بالتمر الجديد والعتيق.

---

(1) الإبراهيمي: تمر أسود. تاج العروس (31/ 281).

(2) المعقلي: نوع من التمر بالبصرة ينسب إلى معقل بن يسار المزني. لسان العرب (11/ 465).

(3) كذا في (ع).

وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا رَطْبٍ بيابسٍ مِن جنسِه مِن سائرِ الثِّمارِ والفواكهِ، وهو ممَّا نُهي عنه مِن المُزابنة.

ولا يُباعُ جُزافٌ بمَكِيلٍ مِن صنفِه، ولا جُزافٌ بجُزافٍ مِن صنفِه، إلا أنْ يَتَبَيَّنَ الفَضلُ بينَهما إنْ كان ممَّا يجوزُ التَّفاضلُ في الجنسِ الواحدِ منه).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

هذا لأنَّ جميع ما ذكره مِن المزابنة، وقد بيَّنا أنَّ معناها بيعُ معلوم بمجهول مِن جنسه، أو مجهولٍ بمجهول مِن جنسه، وإذا ثبت ذلك؛ استوى في منعه ما فيه الربا وما لا ربا فيه؛ لأنها ضربٌ مِن المخاطرة والمقامَرة.

يبيِّن ذلك؛ أنهما لم يقصدا التفاضل فيجوز فيما يجوز فيه التفاضل، ولا التماثل، وإنما قصدا المخاطرة مع [و/ 292] الاتِّفاق في الغرض.

ولا يلزم على هذا إذا كانا في جنسين، لأنَّ هناك غرضًا مختلفًا وقصدًا متباينًا؛ فجاز.

وفي الجنس الواحد فليس الغرض إلا الخطر والقمار، فلذلك وجب منعه فيما يحرم فيه التفاضل وفيما لا يحرم، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا بأسَ ببيعِ الشيءِ الغائبِ على الصِّفَة).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا كما قال؛ مِن شرط المَبيع أنْ يكون معلومًا إمَّا بصفة أو رؤيةٍ متقدِّمة، والصفة قد تكون طريقًا للعلم بالأعيان.

ولا يجوز بيع شيء بغير صفة ولا رؤية، وذكر في «المدونة» جوازَ بيع ذلك إذا شرط خيار الرؤية[1]، وهذا خلاف أصول أصحابنا.

والصحيح مِن المذهب ما قلناه.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع شيء بغير صفة ولا رؤية[2]، ويكون للمبتاع خيار الرؤية، شَرَط أو لم يشترط.

[وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل قول أبي حنيفة][3].

والآخر: المنع، وأنه لا يجوز بيع عينٍ بصفة أصلًا[4].

واستدلَّ أصحابه لهذا بنهيه ﷺ عن بيع الغَرر[5]، والغَرر في هذا مِن وجهين:

---

(1) المدونة (3/ 255).

(2) التجريد للقدوري (5/ 2213).

(3) زيادة من شرح الرسالة لصالح الهسكوري [47/ ب-أزهرية] نقلا عن المصنف.

(4) الحاوي الكبير (5/ 18)، والمجموع (9/ 290).

(5) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

أحدهما: أنَّ المَبيع لا يُدرى سلامته مِن تلفه، ولا هل هو على الصفة التي وقع العقد عليها أم قد حال عنها؟

والثاني: أنَّ تسليمه لا يمكن؛ لأنَّا لا نعلم هل يَسلم أم لا؟

قالوا: ولنهيه ﷺ عن بيع ما ليس في يدك[1]، بدليل أنَّ الإنسان يَحسن أنْ يقول: في ملكي كذا، ولكن ليس هو عندي.

قالوا: ولأنه مَبيعٌ مجهول الصفة عند المتعاقدَين، فأشبَه إذا قال: بعتُك عبدًا أو ثوبًا.

قالوا: ولأنه بيع عينٍ لم يَرها ولا شيئًا منها؛ فأشبه الطير في الهواء، والسمك في الماء.

قالوا: ولأنه بيع عينٍ بصفة؛ فلم يجز، أصله: السَّلَم في الأعيان.

قالوا: ولأنَّ طريق العلم بالأعيان هي الرؤية، كما أنَّ طريق العلم بها في الذمَّة هو الصفة، فكان الإخلال بالرؤية في الأعيان كالإخلال بالصفة في السَّلَم، فلمَّا لم يصحَّ بيع سَلمٍ بغير صفة؛ كذلك لا يصحُّ بيع عينٍ بغير رؤية.

قالوا: ولأنَّ تأخير معرفةِ المبيع عن حال العقد يُؤذِن بفساده؛ أصله: تأخير الصفة عن السَّلَم.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

---

(1) أخرجه أبو داود (3503)، والترمذي (1232)، والنسائي (4613)، وابن ماجه (2187)، من حديث حكيم بن حزام بلفظ: «لا تبع ما ليس عندك». وقال الترمذي: «حديث حسن»، وينظر التلخيص الحبير لابن حجر (4/ 1727-1728).

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275].

وقوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29].

ولأنه مبيعٌ معلوم للمتعاقدَين مقدورٌ على تسليمه غالبًا؛ فصحَّ بيعُه؛ أصله: إذا كان مرئيًّا.

ولا يلزم عليه السمك في الماء؛ لأنه ليس بمعلوم، ولا يُقدر على تسليمه غالبًا، وكذلك العبد الآبق والجمل الشارد.

ولا يدخل عليه كون المَبيع ممَّا لا يصحُّ بيعه؛ [لأنَّ][1] قولنا: «مبيع» يتضمَّن كونه ممَّا يجوز بيعه في الشريعة.

فإنْ قالوا: لا نسلِّم أنه معلوم؛ لأنَّ العين لا تُعلم بالصفة، وإنما طريق العلم بها الرؤية.

قلنا: ندلُّ على أنَّ الصفة طريقُ العلم بالموصوف؛ فنقول: ما كان طريقًا للعلم بنوع مِن المَبيع كان طريقًا للعلم بسائره؛ أصله: الرؤية.

ولأنه أحد نوعي المَبيعات، فجاز أنْ يعلم بالصفة، كالذي يثبت في الذمَّة، وإذا ثبت هذا؛ صحَّ ما قلناه.

فإنْ قالوا: قولكم: «مقدورٌ على تسليمه» لا نسلِّمه على الإطلاق؛ لأنَّ السلعة الغائبة لا نقدر على تسليمها في الحال، وإنما نقدر على ذلك بعد زمان.

قلنا: إنَّ قولنا: «مقدور على تسليمه» ينصرف إلى تسليم مثله في العادة،

---

(1) في (ع): (لا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

إلا أنَّ ذلك يختلف باختلاف أحوال المَبيع:

فالسلعة الحاضرة؛ تسليمها ممكن في الحال.

وإذا كانت في داره أو دكانه؛ فبعد قدر مِن الزمان.

فإذا أطلَقْنا القول بأنَّ بعض السِّلع مقدورٌ على تسليمه؛ فإنما مفهومه تسليم مثله، وتسليم السلعة الغائبة مقدور عليه على [و/293] ما جرت به العادة.

وعلى أنَّ ذلك يلزمهم في الغائب بالذي قد تقدَّمت رؤيته.

قال بعضهم: ينتقض بالحَمل؛ لأنه مقدورٌ على تسليمه في بابَي تسليم مثله، ومع ذلك فلا يجوز بيعه، ولا يوصف بأنه مقدورٌ على تسليم مثله.

فالجواب: أنَّ هذا إنْ أراد به نقضَ العلة فغلط؛ لأنَّ العلة لا تُنقض بوجود بعض الأوصاف، وليست العلة القدرةَ على التسليم فقط.

وإنْ أوْرَدوه على إمكان التسليم؛ فلا يصحُّ أيضًا، لأنَّ الحمل لا يدل عليه لأحد، ولا هو تحت قبض قابض، فهو كالسمك في الماء والطيرِ في الهواء، فلا يصحُّ بأنْ يوصف بأنه مقدورٌ على تسليمه.

قياس آخر: وهو أنَّ الصفة تقوم مقام الرؤية عند تعذُّرها؛ أصل ذلك السَّلم.

وتحريره أنْ يقال: لأنه أحدُ نوعي المَبيعات؛ فجاز أنْ يباع على الصفة، أصله: ما ثبت في الذمَّة.

قياس آخر: لأنَّ الرؤية لو كانت شرطًا في بيوع الأعيان لم يجز ألا توجد

في المقصود مِن المَبيع، وإنْ شرط فيما ليس بمقصود منه، ألا ترى أنَّ الصفة لمَّا كانت في السَّلم لم يجز البيع إلا أنْ يتناول المقصود مِن الموصوف.

وإذا صحَّ ذلك ثم اتَّفقنا على جواز بيع اللوز والجَوز في قشرهما، واستتار المقصود بالبيع عن الرؤية؛ دلَّ على أنها ليست بشرط فيه.

قالوا: إنما جاز ذلك في الجَوز واللوز وغيره لأنَّ رؤيته على حسب العادة، ويستدلُّ بما تناولته الرؤية على ما لم تتناوله.

قلنا: وكذلك العلم بما تعذَّرت رؤيته كالغائب والسَّلم؛ هو في العادة بالصفة، فإذا رددتمونا فيما ذكرناه إلى العادة رددناكم أيضًا في هذا إلى العادة.

فإنْ قالوا: العادة إذا لم يدلَّ الدليل على اعتبارها فلا يلتفت إليها.

[**قلنا:**][1] وكذلك إذا لم يدلَّ الدليل على العادة في الجَوز واللوز وما في معناهما، وإنما كان المرجوع إلى التجار، فلا اعتبار بها، فالأمران سيَّان.

قياس آخر: لأنه عقد معاوضة؛ فلم يبطل [بعدم][2] رؤية المعقود عليه؛ أصله: النكاح.

فإنْ قالوا: المقصود مِن النكاح المواصلة والمكارَمة، وذلك معنى لا تؤثِّر الرؤية فيه، ألا ترى أنه لا يحتاج إلى صفة ولا رؤية، وليس كذلك البيع؛ لأنَّ المقصود منه المغابنة والمرابحة؛ فجاز أنْ تكون الرؤية [شرطا فيه][3].

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) زيادة من الإشراف للمصنف (2/ 522).

(3) بياض في (ع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

قلنا: كون النكاح مقصودًا به ما ذكروه لا يمنع ما رعيناه، ألا ترى أنَّ المرأة تُردُّ بالعيب المانع مِن الاستمتاع، وكذلك إذا شَرط السلامة مِن أشياء ثم وجدها بخلافها؛ فله الرد.

قياس آخر: وهو أنَّ ما كان شرطًا في صحة العقد؛ وجب أنْ يكون مقارنًا للعقد، وأن لا يُكتفى بتقدُّمه عليه إذا لم يوجد حال العقد، أصل ذلك القدرة على التسليم؛ ألا ترى أنها لمَّا كانت شرطًا في صحة العقد وجب أنْ تكون ممَّا يقدر على تسليمه -أعني: تسليمَ مثله حال العقد- ولم يَجز أنْ يُكتفى بوجودها المتقدم على العقد إذا كانت معدمةً في الحال، كالعبد الآبِقِ والجَمل الشارد.

وإذا ثبت ذلك -ثم اتَّفقنا على جواز بيع الأعيان الغائبة برؤية متقدِّمة-؛ دلَّ على أنَّ الرؤية ليست بشرط فيه.

وإذا ثبت هذا؛ فتعلُّقهم بنهيه ﷺ عن بيع الغَرر؛ لا يصح، لأنَّا لا نسلِّم أنَّ هذا غَرر، لأنَّ الغَرر ما كان الغالب منه التَّلف وضد السلامة، والغالب مِن هذا السلامة، وعلى ذلك تجري أمور الناس في بياعاتهم.

ويبيِّن ذلك: أنَّ هذا موجود في بيع الغائب [و/294] الذي تقدَّمت رؤيته، وهم يجوِّزون بيعَه، فهم بين أمرين:

إمَّا أنْ يقولوا: ليس بغَرر ...

...[1]، فيجب أنْ لا يكون إلا للضرورة والحاجة، وذلك متساوي الأمرين.

(1) الظاهر أن في (ع) سقطا تقديره: (وإما أن يقولوا: إنه غَرر، خص بالشرع لقلته وضرورته).

وقوله: «لا تَبِع ما ليس عندك» حقيقة الملك، وعلى ذلك يخرج الكلام، وهو السِّلع التي كان يبيعها حَكيم بن حِزام، وعلى أنَّ العلة عندهم في منع البيع عدمُ الرؤية، لا أنه ليس عنده، بدليل أنه لو كان قد رآه جاز بيعه، وإنْ كان ليس عنده فقد تركوا ظاهرَ الخبر وتعليله.

وقولهم: «إنه مجهول الصفة»؛ غير مسلَّم، لأنه معلومٌ عندنا، وأيضا إذا قال: «بعتُك ثوبًا أو عبدًا» ولم يصفه؛ فهذا مجهول الصفة.

وقولهم: «بيع عينٍ ولم يرَها ولا شيئًا منها»؛ لا يؤثِّر في الأصل، لأنَّ الطير في الهواء والسمك في الماء -سواء رآه أو لم يَره- لا يجوز بيعه.

وإنما المعنى المؤثِّر في هذا عدم المِلك والقدرة على التسليم، بدليل أنه لو كان في قفص أو بيتٍ يمكن تسليمه لجاز بيعُه.

وأمَّا السَّلم في الأعيان فإنما لم يَجز لا مِن حيث كانت موصوفة، ولكن مِن شرطه أنْ يثبت في الذمَّة، والعين لا تثبت في الذمَّة، يدلك عليه أنه إذا أسلَم في عين لم يصحَّ سواء رآها أو وُصفت له.

وقولهم: «إنَّ طريق العلم بالأعيان هو الرؤية»؛ فإنْ أرادوا وحدها فهذا موضع الخلاف؛ لأنَّ العلم بهذا إنما يقع عندنا بالرؤية والصفة.

وكذلك قولهم: «لأنَّ تأخير معرفة المَبيع عن حال العقد يُؤذن بفساده»؛ غير مسلَّم في مسألتنا، لأنه إذا وُصف فقد عُلم؛ فكيف يقول: إنَّ معرفته قد تأخَّرت عن حال العقد.

وإذا كان الأمر كذلك؛ بطل ما قالوه، وبالله التوفيق.

فصل:

إذا ثبت ذلك؛ فمتى جاء المَبيع على الصفة المشترطة فلا خيار للمبتاع.

وقال الشافعي: له خيار الرؤية[1].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه مَبيعٌ جاء على الصفة المشترطة فلم يثبت فيه خيار الرؤية؛ أصله: السَّلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يُنقَدُ فيه بشَرْطٍ إلا أنْ يَقْرُبَ مَكانُه، أو يكونَ ممَّا يُؤمَنُ تغيُّرُه مِن دارٍ أو أرضٍ أو شجرٍ؛ فيجوز النَّقدُ فيه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لأنه إذا لم يكن مأمونًا فاشتراط النقد فيه غَرر؛ لأنَّ المشتري لا يدري هل يحصل له ما اشتراه أم لا؟

وكذلك [لأنه][2] إنْ سلَّم له ما اشتراه فقد انتفع البائع بماله مِن غير عِوض حصل للمشتري ولا طيب نفس بإتلافه عليه، وذلك غير جائز.

ولأنَّ ذلك يكون في معنى البيع والسَّلف؛ فيجب منعه.

وإذا كان المَبيع مأمونًا في الغالب أمِن مِن هذا كله فيه؛ فجاز اشتراط النَّقد فيه.

---

(1) الحاوي الكبير (5/ 22).

(2) في (ع): (لا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(والعُهدةُ[1] في الرَّقيقِ إنِ اشتُرِطَت، أو كانت جاريةً بالبلد، فعُهْدَةُ الثلاثِ الضَّمانُ فيها مِنَ البائعِ مِن كلِّ شيءٍ، وعُهدةُ السَّنةِ مِن الجُنونِ والجُذامِ والبَرَصِ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

منزلة العُهدة عندنا منزلة بيعِ الخيار، وحكم العبد في أيام العهدة حكمه في أيام الخيار -في أنَّ ضمانه مِن البائع في أيام الخيار- في أن ضمانه من بائعه في أيام العهدة ونفقته عليه، وكل ما أصابه مِن شيء فهو مِن البائع.

هذا في عهدة الثلاث، ثم بعده عهدة السَّنة مِن الثلاثة الأدواء، وهي الجنون والجُذام والبَرَص، فما حدث بالعبد في السَّنة مِن هذه الثلاثة الأدواء فمات به؛ فضمانه مِن البائع.

وإنْ مات مِن غير ذلك؛ [و/ 295] فضمانه مِن مشتريه.

هذا قولنا وقول المشيخة السبعة وكافة علماء المدينة[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: كل ما حدث مِن عيب بعد قبض المشتري فهو منه؛ أيُّ عيب كان[3].

---

(1) العهدة لغة: مأخوذة من العهد وهو الإلزام والالتزام. واصطلاحا: هي تعلق ضمان المبيع بالبائع بعد العقد مما يصيبه في مدة خاصة. كفاية الطالب (2/ 174).

(2) المدونة (3/ 364)، النوادر والزيادات (6/ 215).

(3) شرح مشكل الآثار (15/ 371)، البيان للعمراني (5/ 278).

والذي يدلُّ على ما قلناه:

ما رَوى قتادة عن الحسن عن عُقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «عُهدةُ الرَّقِيقِ ثلاثةُ أيام»[1].

فإنْ قيل: هو مرسل؛ لأنَّ الحسن لم يَلْقَ عُقبة[2].

قلنا: إنْ صحَّ هذا لم يقدح في الحديث عندنا.

فإنْ قيل: معناه خيار الثلاث.

قلنا: لا معنى لذلك؛ لأنَّ هذا لا يختصُّ به الرَّقيق دون غيره مِن المَبيعات، ورَوى أصحابنا عن قتادة عن الحسن عن النبي ﷺ أنه قال: «لا عُهدة بعدَ أربع»[3].

---

(1) أخرجه أبو داود (3506) من طريق أبان، وأحمد (17385) من طريق شعبة، كلاهما عن قتادة به بلفظه. وأخرجه ابن ماجه (2244) من حديث سَمُرة بن جندب. وقد اختُلف في هذا الحديث، فمرة يُروى عن الحسن عن سَمُرة، ومرة عن الحسن عن عُقبة بن عامر، واختلف كذلك في لفظه، وقال أبو حاتم في العلل (3/ 679): «ليس هذا الحديث عندي بصحيح؛ وهذا عندي مرسل»، ونقل ابن الجوزي في التحقيق (2/ 182) عن الإمام أحمد قوله: «ليس فيه حديثٌ صحيح، ولا يثبت حديث العُهدة».

(2) ينظر: العلل لابن أبي حاتم (3/ 679)، والسنن الكبرى للبيهقي (10755).

(3) أخرجه ابن أبي شيبة (37480) من طريق يونس عن الحسن مرسلا. وأخرجه ابن ماجه (2245)، وأحمد (17292) من طريق يونس، والطحاوي في شرح المشكل (6091) من طريق قتادة، كلاهما عن الحسن عن عقبة مرفوعا. قال البيهقي في الكبرى (10755): «مدار هذا الحديث على الحسن عن عُقبة بن عامر، وهو مرسلٌ. قال علي بن المديني: لم يسمع الحسن من عُقبة بن عامر شيئًا».

ولأنَّ ذلك إجماع أهل المدينة لا خلاف بينهم فيه نقلًا، فرَوى [حَبَّان][1] بن واسع عن طلحة بن يزيد بن رُكانة أنه قال: حكمَ عمر بن الخطاب في العُهدة فقال: «ما أجدُ لكم أوسعَ ممَّا جعل النبيُّ ﷺ لحَبَّان بن مُنقِذ، فإنَّ رسول الله ﷺ جعل له عُهدةَ ثلاثةِ أيام فيما اشترى؛ إنْ رضي أَخذ وإنْ سخطه تَرَك»[2].

ورَوى محمد بن إسحق عن محمد بن يحيى بن حَبَّان قال: ما جعل ابنُ الزبير عهدةَ الرَّقيق ثلاثة أيام إلا لقول رسول الله ﷺ لمُنقِذ [بن][3] عمرو: «أنت بالخيار ثلاثًا»[4].

ورَوى مالك عن عبد الله بن أبي بكر: أنَّ أبَان بنَ عثمان وهشامَ بن إسماعيل كانا يَذكُران في خُطبتهما عُهدةَ الرَّقيقِ في الأيام الثلاثة، مِن حين يُشترى العبدُ أو الوليدة[5].

ورَوى ابن أبي الزِّناد عن أبيه أنَّ عمر بن عبد العزيز قضى في رَجل ابتاع عبدًا ومات في عهدة [الثلاث][6]؛ أنه مِن البائع[7].

---

(1) في (ع): (حماد)، والمثبت من مصادر التخريج، و«حَبان»: بفتح الحاء، الإكمال (2/ 303).

(2) أخرجه الدارقطني (3007)، والبيهقي في الكبرى (10462) من طريق ابن لهيعة عن حَبَّان بن واسع به بلفظه. وقال البيهقي: «الحديث ينفرد به ابن لهيعة»، ونقل ابن حجر في فتح الباري (4/ 338) عن ابن العربي قوله: «مداره على ابن لهيعة؛ وهو ضعيف»، قال ابن حجر: «وهو كما قال».

(3) زيادة من مصادر التخريج.

(4) رواه الدارقطني (3011) من طريق عبد الأعلى عن محمد بن إسحاق به، بأتم منه.

(5) موطأ مالك (2267).

(6) زيادة من مصادر التخريج.

(7) أخرجه سحنون في المدونة (3/ 366)، وابن عبد البر في الاستذكار (19/ 38)، وابن حزم في =

وهذا قول أبي الزِّناد والزُّهري، وحكوه عن المشيخة السبعة وغيرهم مِن نظائرهم.

ويدلُّ على ما قلناه: أنَّ الخلاف بيننا فيمَن شرطه ذلك مِن أهل البلدان، فعندنا أنَّ ذلك يلزم، وعند المخالف أنَّ ذلك لا يلزم، وقد قال النبي ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[1]، وقال: «لكلِّ مسلمٍ شرطُه»[2].

[فأما][3] **عهدة السَّنة مِن هذه الأدواء الثلاثة**؛ فلأنَّ هذه الأدواء تكمُن في البدن فتظهر بعد سنة:

فإذا ظهرت قبل كمال السَّنة؛ عُلم أنَّ أصلها كان عند البائع.

وإذا حدثت بعده؛ عُلم أنها حدثت في ملك المشتري.

فإنْ قيل: فقد يحدُث ذلك ويكون أصله قبل السَّنة.

قيل: قد يجوز ذلك، ولكنه نادر، والغالب ما ذكرناه.

فإنْ قيل: هذا يلزم في الموت؛ لأنه قد يكون مِن داء كامن في البدن؛ فيجب أنْ يكون الضمان مِن البائع.

قيل له: لا يلزم ذلك؛ لأنَّ هذه الأدواء تكمُن في البدن وتظهر به بدوران الفصول عليها، وليس كذلك حكم الموت؛ لأنَّ أمارته تظهر، إلا أنْ يزعم أهلُ الخبرة أنَّ أصلها كان عند البائع ولم يَعلم به المشتري؛ فإنه إنْ عَلم به

المحلى (8/ 380) من طريق ابن وهب عن ابن أبي الزناد به بلفظه.

(1) تقدم تخريجه (ص: 153).

(2) تقدم تخريجه (ص: 153).

(3) في (ع) ما صورته: (فا)، والمثبت أليق بالسياق.

فإنِ اختار الردَّ ردَّه للوقت، وإلا كان راضيًا بالعيب.

فإنْ قيل: لو سلَّمنا هذا لم يضر؛ لأنَّ الاعتبار في حكم الشيء بحال ظهوره لا بما كان قبل ذلك، ألا ترى [أنَّ][1] شاهدين لو شهدا عند الحاكم بشيء وقَبِل شهادتَهما ونفذ الحكم بهما، ثم بانَ أنهما فاسقان أنَّ الحكم لا يُنقض لجواز كون الفسق موجودًا حال إقامة الشهادة.

قيل له: هذا لا يشبه الشهادة؛ لأنَّ الحكم إذا مضى باجتهادٍ فلا يجوز نقضُه، وليس ذلك ممَّا نحن فيه بسبيل.

قال محمد بن الحسن: «[أرأيتم][2] عُهدة الثلاث [و/ 296] وعُهدة السَّنة، مَن فسَّره لكم كما وصفتم؟ ما نعلم أحدًا رَوى في ذلك حديثا مفسرا هكذا عن النبي ﷺ ولا عن أحد مِن الصحابة»[3].

وأجاب أبو بكر ابن الجهم بأنْ قال:

«ليس قِلة بصيرة غيرِنا بالعلوم ممَّا يضر، قد كان ينبغي أنْ يَسأل ويبحث قبل أنْ يضع هذا الكتاب، وقد روينا حديث عُقبة بن عامر وعمر بن الخطاب[4]، وما رُوي عن الصحابة والتابعين في ذلك.

وذُكر عن عبد [الأعلى][5] عن محمد بن علي عن علي قال: «أجَلُ

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (أرأيت)، والمثبت من كتاب الحجة.

(3) الحجة على أهل المدينة (2/ 513).

(4) تقدم تخريجهما قريبا (ص: 230) (ص: 231).

(5) في (ع): (العلي)، ولعل المثبت أليق بالسياق، وفي الرواة عن محمد بن علي ابن الحنفية: =

الجارية بها الجنون وبها الجُذام سنة»[1].

[وعن][2] ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب قال: سمعتُ سعيد بن المسيب يقول: «العهدة في كل داءٍ عُضال مِن الجنون والجُذام سَنَة»[3].

وقال ابن شهاب: «القُضاةُ فيما أدركنا: في الجنون والجُذام والبرص سَنَة»[4].

وقول ابن شهاب: «والقضاة عند مَن أدركنا» يريد الصحابة؛ لأنه أدرك جماعةً منهم».

وذكروا روايات ذكرَها في شرحه.

قال محمد بن الحسن: «كيف فرَّقتم بين الرَّقيق والدَّوابِّ، وهم[5] حيوان تَحدُث فيه هذه الأشياء كما تحدُث في الرَّقيق، ويكون بها الداء ولا يُعرف، فيظهر عند المشتري كما يظهر بالرَّقيق»[6].

قال أبو بكر: «إنما اتَّبعنا في ذلك الأثرَ المرويَّ عن النبي ﷺ، وهو قوله: «في عهدة الرَّقيق ثلاثة أيام»[7]، وهذا يُخَصُّ بالرَّقيق دون الدَّوابِّ.

«عبد الأعلى بن عامر الثعلبي».

(1) ذكره ابن حزم في المحلى (8/ 383) دون إسناد.

(2) في (ع): (عن)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار (19/ 38)، وابن حزم في المحلى (7/ 273) عن ابن وهب به. وأورده ابن المنذر في الأوسط (10/ 246) دون إسناد عن ابن المسيب.

(4) ينظر المصادر السابقة.

(5) في كتاب الحجة: (وهي).

(6) الحجة على أهل المدينة (2/ 514).

(7) تقدم تخريجه (ص: 230).

والمعنى أيضًا، وهو أنَّ مِن شأن الرَّقيق أنْ يَكتموا عيوبَهم التي تَحدُث بهم لِجِهات:

أحدها: أنهم يرغبون في مَواضعهم؛ فإنْ [أظهروا عيبهم][1] خافوا النقلة والبيعَ إلى المواضع التي لم يَخبروها.

وبعضهم يكره موضعَه؛ فيخاف إنْ أظهَرَ عيبَه ألا يُباع لمَا يدخله مِن نقص الثمن، ولا يرغب فيه مشتريه مَعيبا، فيكتم عيبَه رجاء الراحة مِن موضعه.

وبعضهم يكتمه؛ لأنه لا يحب أنْ يُعلم أنه مجنون أو أبرص.

[فلذلك][2] -والله أعلم- جُعلت العهدة في الرَّقيق، وكان سائر الحيوان لا يميِّزون ذلك ولا يكتمونه، فإذا كان ذلك به عيب ظهر وعلم به؛ فلا يحتاج إلى عهدة».

قال محمد بن الحسن: «أرأيتم إنْ قال أهل البصرة: إنَّا نجعل العهدةَ في الدَّوابِّ: الثلاث والسَّنة كما قال أهل المدينة، ونُبطلها في الرَّقيق، بأي حجَّة كنَّا نردُّ عليهم؟»[3]

قال أبو بكر: «كنَّا نردُّ عليهم: لأنه خلاف قولِ النبي ﷺ، [فنقلب][4] القصة، ولم يأت فيه أثر عنه ولا عن أحد مِن الصحابة، وبالفصل الذي

(1) في (ع): (ظهروا عليهم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (فذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) الحجة على أهل المدينة (2/ 514).

(4) في (ع): (فقلب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ذكرناه يبين وسائر الحيوان»[1].

قال محمد: «كيف ادعاء أهل المدينة أنَّ الجنون والجُذام والبرصَ لا يحدُث عند المشتري في السَّنة التي [وقَّتوا][2]، وفي وقت واحد يكون العبد والأمَةُ صحيحين، ثم يحدُث بعد ذلك بهما في اليوم أو في الشهر أو في السَّنة.

والجنون قد يحدُث في الساعة الواحدة؛ فكيف جعلوا للمشتري أنْ [يرد][3] بذلك، وهم لا يدرون لعله حادثا[4] عنده في السَّنة [بغير][5] سبب كان منه في يد البائع.

ما أعلَمُهم ردُّوا ذلك إلا لظنٍّ ظنُّوه، لا بيقينٍ علِموه»[6].

ثم قال أبو بكر: «هذا قد يكون، إلا أنه نادر، والغالب غيره إذا كان لا يكاد يظهر في الأغلب مِن الوقت الذي حدث؛ لأنَّ أوَّله يكون خفيفا ثم يبقى حتى يتبيَّن، فلا يستطيع [297/و] العبدُ إخفاءه.

وكذلك أصل كل داءٍ في الغالب؛ أنَّ صاحبه في أوَّله يقدر على أنْ يكتمه، ويزيد ويتعاظم حتى لا يَضبط كتمانَه، ثم يزيد، والفجأة نادر.

وكذلك الهدم والغَرق؛ يُحمل الباب على الأغلب منه».

(1) كذا في (ع)، ولعل العبارة: (يتبين الفرق بين الرقيق وسائر الحيوان).

(2) زيادة من الحجة.

(3) في (ع): (يورد)، والمثبت من كتاب الحجة.

(4) كذا في (ع)، وفي الحجة: (حادث قد حدث).

(5) في (ع): (بعيب)، والمثبت من كتاب الحجة.

(6) الحجة على أهل المدينة (2/ 514).

هذا [مجمل][1] ما ذكره أبو بكر ابن الجهم، وما قصَّر.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا بَأسَ بالسَّلَمِ في العُروضِ والرَّقيقِ والحيوانِ والطَّعامِ والإدامِ بصفةٍ معلومةٍ وأجلٍ معلومٍ، ويُعجِّلُ رَأسَ المالِ ويُؤخِّرُه إلى مِثلِ يومَيْنِ أو ثلاثةٍ وإنْ كان بشَرْطٍ، وأجَلُ السَّلَمِ أحَبُّ إلينا أنْ يكونَ خمسةَ عَشَرَ يومًا أو على أنْ يُقْبَضَ ببلدٍ آخرَ، وإنْ كانت مسافة يومين وثلاثةً، ومَن أسْلَمَ إلى ثلاثة أيامٍ فقبضه ببلدٍ أسْلَمَ فيه؛ فقد أجازَه غيرُ واحدٍ مِن العلماء، وكرِهَه آخرون).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

أمَّا جواز السَّلم، فالأصل فيه:

قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282].

فقال ابن عباس: «أشهدُ أنَّ الله قد أحلَّ السَّلف [المضمون][2] إلى أجل وأَذِن فيه، وأنزل فيه أطول آية ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾»[3].

وقوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: 282]، وهذا ينبئكم[4] أنَّ مِن التجارة ما ليس بحاضرة، وهو السَّلَم وغيره.

(1) في (ع): (عمل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (والمضمون)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) رواه عبد الرزاق في المصنف (14064)، وابن أبي شيبة في المصنف (22758).

(4) في المعونة للمصنف (2/ 982): (فدل ذلك على).

وروى سفيان بن عُيينة عن ابن أبي نَجيح عن عبد الله بن كَثير عن [أبي المِنهال][1] عن ابن عباس: أنَّ رسول الله ﷺ قَدِم المدينة فوجد الناسَ يُسلِفون في التمر السنتين والثلاث، فقال: «مَن سَلَّف [فليُسلف] في كيلٍ معلومٍ [ووزن معلوم] إلى أجل معلوم»[2].

ورُوي جواز السَّلَم عن ابن عمر، وابن عباس، وابن مسعود، وأبي سعيد الخدري، وابن أبي أَوْفى، وجابر وغيرهم، ولا مخالفَ لهم.

فصل:

فأمَّا قوله: (إنه يجوز في العُروض والرَّقيق والحيوان والطعام والإدام).

فالأصل فيه: أنَّ السَّلَم جائز في كل ما ضُبط بصفة، فيدخل في ذلك الأطعمة والعُروض والحيوان وسائر ما يحصرُه الوصف.

هذا قولنا وقول أبي حنيفة والشافعي في الجملة[3]، وإنْ كنَّا نختلف في أعيان ما يُضبط بالصفة وأنواعِه، ونحن نبيِّن ذلك.

فصل:

أمَّا الرَّقيق والحيوان؛ فالسَّلَم فيه جائزٌ عندنا وعند الشافعي[4].

---

(1) في (ع): (ابن أبي منهل)، والمثبت من مصادر التخريج.

(2) أخرجه البخاري (2240)، ومسلم (1604)، من طرق عن ابن عيينة به بلفظه، وما بين المعقوفات من مصادر التخريج.

(3) المدونة (3/ 54)، شرح مختصر الطحاوي (3/ 120)، الحاوي الكبير (5/ 388).

(4) النوادر والزيادات (6/ 10)، مختصر المزني (8/ 189).

وعند أبي حنيفة لا يجوز[1].

والكلام في هذه المسألة يتعلَّق بثلاثة فصول:

أحدها: عن المسألة، وهي أنْ ندلَّ على جواز السَّلَم فيه.

والثاني: أنْ ندلَّ على أنه ممَّا يُضبط بالصفة.

والثالث: أنْ ندلَّ على أنه ممَّا يثبت في الذمَّة.

فأمَّا الفصل الأول؛ فالذي يدلُّ عليه:

ما روى [عَمرو][2] بن حَرِيش عن عبد الله بن [عمرو][3]: «أنَّ رسول الله ﷺ أمره أنْ يجهِّز جيشًا فنَفِدَت الإبل، فأمرَه أنْ يأخذ على قِلاص الصدقة، فكان يأخذ البعيرَ بالبعيرين إلى إبل الصدقة»[4].

ورَوى عَمرو بن شعيب عن عبد الله بن [عمرو][5] هذا الحديث، وفيه: «فابْتَاعَ عبدُ الله البعيرَ بالبعيرين وبالأبعرة إلى خروج المصدِّق، بأمر رسولِ الله ﷺ»[6]، وهذا هو السَّلَم في الحيوان.

---

(1) التجريد للقدوري (5/ 2675).

(2) في (ع): (عمر)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) في (ع): (عمر)، والمثبت من مصادر التخريج.

(4) أخرجه أبو داود (3357)، وأحمد (6593)، والدارقطني (3054)، والبيهقي في الكبرى (10528)، وقوَّاه الحافظ في الفتح (4/ 419) والدراية (2/ 159).

(5) في (ع): (عمر)، والمثبت من مصادر التخريج.

(6) أخرجه الدارقطني (3052)، والبيهقي في الكبرى (10529) شاهدا للحديث السابق، وذكر أنه شاهد صحيح، وقال ابن عبد الهادي في التنقيح (4/ 22): «إسناده جيد».

قالوا: ليس في الخبر أكثر مِن أنه أمرَه أنْ يأخذ على قِلاص الصدقة، وأخذه بعيرا ببعيرين؛ يجوز أنْ يكون بغير أمرِه، فلا يكون فيه حجَّة.

قلنا: عنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه لا يجوز أنْ يُنسب الصحابيُّ إلى أنْ يَفعل شيئًا أمرَه رسولُ الله ﷺ بخلافه.

وليس يخلو: أنْ يكون ﷺ عيَّن له ما يأخذه [أو][1] أطلَق:

فإنْ كان عيَّن له؛ فهو ما نقوله.

وإنْ كان أطلَق؛ فالإطلاق يقتضي جواز الأخذِ على كل وجهٍ إلا أنْ يقوم دليل.

والثالث: أنه قد روينا أنه قد أخذ ذلك بأمره ﷺ.

فسقط ما قالوه.

قالوا: وفي الخبر ما يدلُّ على ضعفه، وهو أنه أمرَه [و/ 298] أنْ [يقترض][2]، وشرطُ الزيادة في القرض لا يجوز.

قلنا: ليس في الخبر ذِكر القَرض، بل فيه أنه أمرَه بالأخذ مجملًا، فإذا لم يجز حمله على القرض لم يبق إلا السَّلَم، وفي الطريق الآخر: «فابتاع البعير بالبعيرين» وهذا مفسِّر.

قالوا: وفي الخبر أنه كان يأخذ إلى إبل الصدقة، وذلك أجلٌ مجهول، وقد

---

(1) في (ع): (و)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (يقبض)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

اتُّفق على أنَّ الأجل المجهول في السَّلَم غيرُ جائز.

قلنا: المراد إلى الوقت الذي تؤخذ فيه إبل الصدقة؛ [فعُيِّن بأخْذِ][1] الصدقة فيه، وقد كان معروفا في وقت النبي ﷺ، وذلك جائز على ما نقوله في البيع إلى الحصاد وإلى الجذاذ؛ لأنَّ ذلك يُعرف أيضًا.

فلمَّا لم يَجز أنْ يُظنَّ أنه ﷺ أمره أنْ يأخذ إلى أجلٍ مجهول؛ علِمْنا أنَّ إجمال الراوي لذِكر الأجل لأنه لم يكن قَصْدُه بيانَ الأجل، وإنما كان قصدُه ذِكر السَّلَم في الحيوان؛ فلذلك أجملَه ولم يُبيِّنه.

واستدلَّ أصحابنا بقصة هَوازِن، وأنَّ النبي ﷺ أغزاهم فقتلهم وغنم وسبى، جاءوه مِن بعدُ يسألونه الأمان، فقال: «أنتم مخيَّرون بين أحسابكم وأموالكم»، فقالوا: اخترنا أحسابَنا على أموالنا، فبذلوا المالَ على أنْ يردَّ عليهم مَن سبى مِن أهليهم وذراريهم، فأمر ﷺ بردِّهم إليهم، فكل مَن سبى شيئًا كان ﷺ يسأله في ردِّه، فمَن طابت نفسه ردَّه بلا بدل، ومَن لم تَطب نفسه بردِّه إلا ببدل سأله الردَّ على أنَّ له في ذمَّته بعيرًا أو بعيرين[2].

قالوا: وهذا بيع الحيوان في الذمَّة.

قالوا: وهذا على طريق التبرُّع وتطييب النفس لا على وجه السَّلَم؛ بدليل أنه لا ذِكر فيه للصفات ولا للتأجيل.

قلنا: الظاهر الوجوب، فلا يُعدل عنه إلا بدليل، والقصد بالخبر رد السَّبْي

---

(1) في (ع): (فغير يأخذ)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) أخرجه بنحوه البخاري (2307) من حديث مروان بن الحَكم والمِسْور بن مَخرمة.

ببدل وبغير بدل، فلذلك أَضربَ الراوي عن ذِكر الصفة والأجَل.

وأمَّا الكلام في أنه يثبت في الذمَّة إمَّا سَلمًا وإمَّا قَرضًا:

فالأصل فيه: ما رواه أبو رافع أنَّ النبي ﷺ استقرَض بَكرًا، فقضى رَباعيًا، وقال: «خيارُكم أحسنُكم قضاءً»[1]، وهذا كالنصِّ في ثبوت الحيوان في الذمَّة.

قالوا: إنما فعل ذلك لبيت المال.

بل الظاهر أنه استقرَضه لنفسه، فالقول إنه لبيت المال عدولٌ عن الظاهر.

قالوا: يدلُّ عليه ما رُوي «أنه قَضاه مِن إبل الصدقة» شاهدٌ لنا؛ لأنه اقترض مِن إبل الصدقة فقضاه.

وهذا لا يمنع.

ولأنَّ الحيوان يتعلَّق بالذمَّة مَهرًا؛ فجاز أنْ يتعلَّق بها سَلَمًا وقَرضًا اعتبارًا بالثياب، وذلك أنَّ أبا حنيفة يوافقنا في تعلُّق الحيوان بالذمَّة في مواضع منها المهر والخُلع والكتابة وغير ذلك.

قالوا: لا نسلِّم أنه إذا أمْهَرَها حيوانًا؛ فإنَّ المهر مستقرٌّ على الحيوان؛ لأنه عندنا مخيَّر؛ إنْ شاء أعطاها الحيوان وإنْ شاء قيمته.

قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أنَّ عليه عندنا أنْ يَدفع الحيوان لا قيمته.

والآخر: أنَّا أردنا أنه إذا دفع إليها الحيوان فليس لها الامتناع منه، وهذا لا يختلف فيه.

---

(1) أخرجه مسلم (1600).

ولأنَّ كل نوع مِن الحيوان صحَّ أنْ يكون مهرًا في النكاح والخُلع والكتابة؛ جاز أنْ يثبت في الذمَّة سَلما؛ أصله: سائر العُروض.

ولأنه عقدُ معاوضةٍ؛ فجاز أنْ يكون الحيوان فيه عِوضًا في الذمَّة، أصله: النكاح.

هذا قياس السَّلَم على النكاح.

قالوا: النكاح أوسع في باب الإبدال، بدليل ثبوت [و/299] البدل فيه مع الجهالة، مثل: مهر المثل والنكاح على الوصف؛ فجاز أنْ يثبت الحيوان بدلًا منه؛ لأنَّ المهر يَقبل الجهالة، والسَّلَم بخلافه.

قلنا: هذا لا يعترض على ما قلناه، وإنما هو كلام في أنَّ الحيوان يُضبط بالصفة أم لا، وليس هذا مِن مسألتنا بسبيل، وقد صحَّ باتِّفاقنا أنه يثبت مهرًا في الذمَّة، وتلزم فيه الصفة التي هي الوسط، وهذا يتضمَّن أنَّ الصفة تضبطه.

ألا ترى أنها لو لم تضبطه لم يصل إلى معرفة الوسط مِن الأعلى والأدْوَن.

فلم يبقَ إلا أنَّ الإخلال بذِكر الصفة جائزٌ في عقد النكاح وغير جائز في عقد السَّلَم، وهذا لم نَعرض له؛ لأنه ليس الكلام في وجه ثبوته في الذمَّة، وإنما الكلام في أصل ثبوته في الجملة عن سلف في حكم الشرع.

ولا ينبغي أنْ يعترض علينا بتفصيل، ونحن علَّلنا للجملة، وإذا ثبت ذلك؛

لم يلزم ما قالوه.

قال أصحابنا: ولأنه قد ثبت أنَّ الحيوان يكون بدلًا عن متلَف في أحكام الشرع؛ أعني: الصيد؛ فجاز أنْ يثبت في الذِّمَّة، أصله: الطعام.

وأمَّا الكلام في الطريقة الثالثة، وهي أنَّ الحيوان يُضبط بالصفة:

فالدليل على ذلك: قوله ﷺ: «لا تَصفُ المرأةُ المرأةَ لزوجها حتى كأنه يَراها»[1]؛ فدلَّ ذلك على أنَّ الحيوان يُضبط بالصفة، لمَّا أقامها مقام الرؤية.

ولأنَّ الإبل تثبت على قاتل العمد أرباعا في الدِّية، وعلى عاقلة قاتل الخطأ أخماسا؛ حتى إذا أتى بها على الصفة لزم صاحب الحقِّ قبولها، وإذا كانت على خلافها لم يلزمه.

ولأنَّ العبيد يُضبطون بالصفة في الجنس واللون والسنِّ والهيئة، فيقال: رومي وتركي، وأسود وأبيض، وطويل وقصير، ومِن سنٍّ كذا.

فإنْ قالوا: الطُّول والقِصر والهُزال والسِّمَن يختلف، فقد يزيد في الثمن تارة وينقص أخرى، وكذلك سوء الخُلق وحسن الخلق.

قلنا: هذا لا اعتبار به؛ لأنه قد نُسْلِم في الطعام فنقول: أبيض جيِّد أو أسمر، وإنْ كان ذلك مختلف؛ فيلزمه ما يقع عليه الاسم والوصف.

وكذلك [فَرْك][2] الطعام؛ يختلف.

وكذلك الثياب؛ تختلف في الدقَّة والغِلظ والصَّفاقة والرِّقة واللِّين والخشونة.

(1) أخرجه البخاري (5240) من حديث ابن مسعود.

(2) في (ع): (ترك)، ولعل المثبت أليق بالسياق، والفَرْك: دلك الشيء حتى يتقلع قشره عن لُبِّه.

ثم مع ذلك [لا][1] يؤثِّر هذا الاختلاف.

ولأجل هذا ما[2] قلنا: إنه لا تجب الإحاطة بكل الصفات في السَّلَم، وإنما تلزمه الصفات الظاهرة التي يمكن ضبطها وتمييزها.

فإنْ قالوا: خفَّة الرُّوح وسوء الخُلق لا يمكن ضبطُه بالصفة، وكذلك شدَّة الحياء وقلَّته، وغير ذلك ممَّا هو مقصودٌ في السَّلَم.

قلنا: قد بيَّنا أنَّ هذا الجنس لا معتبر به؛ لأنَّا لا نريد بالصفة أكثر ممَّا يعرفه بالمشاهدة، وقد علمنا أنَّ هذا ممَّا لا يمكن معرفته بالمشاهدة.

ألا ترى أنَّ مَن اشترى جارية فرآها ساكتةً فإنه لا يعلم بسوء خُلقها مِن حُسنه، ولا أنها مستحية أم لا، ولا يعرف ذلك مِن حالها حين العقد؛ لأنها قد تُجمل ويُكتم بعض مِن أخلاقها، ثم لم يجز أنْ يقال: إنَّ عقد الشراء وقع على مجهول، وكذلك في مسألتنا.

واستدلَّ أصحاب أبي حنيفة: بما رواه الثوريُّ عن مَعمَر [عن][3] ابن أبي كثير عن عِكرمة عن ابن عباس: «أنَّ النبي ﷺ نهى عن السَّلف في الحيوان»[4]،

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) هذه «ما» الموصولة بمعنى «الذي»، وهو أسلوب تكرر في الكتاب، ونبهنا عليه في المقدمة.

(3) زيادة من مصادر التخريج.

(4) أخرجه الدارقطني (3059)، من طريق إسحاق بن إبراهيم بن جوثى عن عبد الملك الذماري عن سفيان الثوري به، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1821): «في إسناده إسحاق بن إبراهيم ابن جوثى؛ وهَّاه ابن حبان».اهـ وفي سنده أيضا: عبد الملك الذماري، قال الذهبي في التنقيح (2/ 104): «مختلف فيه»، وسيعل المصنف الحديث به.

وهذا كالنصِّ.

فالجواب: أنَّ هذا يرويه عبد الملك عن الثوري، وأصحاب الحديث يضعِّفونه[1]، ويزعمون أنَّ الحديث غيرُ معروف.

قالوا: ويبيِّن بطلانه؛ أنَّ ابن عباس كان يذهب إلى جواز السَّلَف في الحيوان، وروى الشعبيُّ عن ابن عباس [و/300] «أنه كان لا يرى بأسًا بالسَّلَف في الحيوان»[2]، فلا يجوز أنْ ينسب إلى مخالفة النهي.

على أنه يحتمل أنْ يكون المراد به إذا كان الثمن مِن جنس المُسلف فيه أقلَّ منه؛ بدلالة ما ذكرناه.

قالوا: ورَوى عِكرمة عن ابن عباس: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نَسيئة»[3].

فالجواب: أنَّ هذا -إنْ ثبت- حملناه على التفاضل في الجنس مع اتِّفاق الغَرض والمنافع.

---

(1) هو: عبد الملك بن عبد الرحمن الذِّمَاري؛ وثَّقه الفَلّاس وابن حبان، وقال أبو حاتم: ليس بالقوي، وقال أبو زُرعة: منكر الحديث. الجرح والتعديل (5/ 355)، تهذيب الكمال (18/ 336).

(2) أخرجه البيهقي في الكبرى (11103) من طريق سعيد بن الجبير عن ابن عباس، وقال ابن عبد الهادي في التنقيح (4/ 112): «فيه عُبيدة بن مُعَتِّب الضَّبّي، وهو ضعيف».

(3) أخرجه ابن حبان (5028)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (4/ 60)، والدارقطني (3058)، وقال الحافظ في الفتح (4/ 419): «رجاله ثقات إلا أنه اختلف في وصله وإرساله، فرجح البخاري وغير واحد إرساله». وأخرجه أبو داود (3356)، الترمذي (1237)، والنسائي (4620)، وابن ماجه (2270) من حديث سَمُرة، وقال الترمذي: «حسن صحيح».

وعلى أنَّ ظاهره أنْ يكون نَسيئةً مِن الطرفين لا مِن أحدهما؛ لأنَّ النَّسيئة إذا أُطلقَت في البيع لم يُفهم منها بعضه دون بعض.

وأيضا فإنه دليلنا؛ لأنه يفيد جواز بيعه بالدراهم وبغير الحيوان نَسيئة.

فإنْ قيل: إنَّ أحدا لم يفصل.

قلنا: ليس كذلك؛ لأنَّا نحن نفصل على الوجه الذي ذكرناه.

قالوا: ورُوي عن عمر -رضي الله عنه- أنه قال: «مِن الرِّبا أبواب لا تَخفى، ومنها السَّلَم في الحيوان»[1].

والرِّبا اسمٌ شرعيٌّ، وطريقه التوقيف.

فالجواب: أنه سمَّاه بذلك مِن طريق الحكم كما يسمَّى القفيز بقفيزين ربا مِن طريق الحكم، وهذا يجوز أنْ يكون قاله مِن طريق الحكم اجتهادًا لا مِن طريق التسمية.

على أنه لو كان أثبتَه اسمًا؛ لم يمتنع أنْ يكون مِن طريق الاعتبار والاجتهاد على ما بيَّناه.

ويبيِّن ذلك؛ أنَّ الرواية عنه مختلفةٌ في جواز السَّلَم في الحيوان، فرُوي عنه جوازه، ورُوي عنه منعه[2].

---

(1) رواه عبد الرزاق في المصنف (14152)(14161)، من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن عمر، قال البيهقي في الكبرى (11107): «هذا منقطع».

(2) أما المنع فسبق تخريجه، وأما الجواز فلم نجد من خرجه فيما بين أيدينا من مراجع، وروي الجواز عن ابنه عبد الله كما في مصنف عبد الرزاق (14154) بسند صحيح عنه.

فإنْ قالوا: لسنا نستدلُّ بمذهبه، وإنما نستدلُّ بالتوقيف.

قلنا: قد بيَّنا أنه لا يجب أنْ يكون ذلك توقيفًا بما ذكرناه، ولو كان توقيفًا لم يذهب إلى خلافه.

قالوا: وروى جابر أنَّ النبي ﷺ سُئل عن بيع الحيوان بالحيوان واحدًا باثنين فقال: «لا بأس به نقدًا، ولا يجوز نَساءً»[1].

وهذا كالأول؛ في أنَّ المراد به إذا اتَّفق الغرض والجنس، فيؤدِّي إلى قَرض جرَّ نفعًا.

وعلى أنه لا دلالة فيه إذا أسلم فيه بالذهب والفضَّة أو بغير الحيوان.

قالوا: ولقوله ﷺ: «فليُسلِم في كَيلٍ معلوم»[2].

فالجواب: أنَّ في الخبر زيادة، وهي: «مَن أسلَم في تمرٍ فليُسلِم في كيلٍ معلوم»[3].

وعلى أنه لو لم يُنقل ذلك؛ لكان في الخبر ما يقتضيه، وهو أنه ﷺ قَدِم المدينة وهم يُسلِفون في التمر السنتين والثلاث، فقال: «مَن أسلَم فليُسلِم في كيلٍ معلوم»؛ يريد في النوع الذي كنتم تُسلمون فيه.

وأيضا: فإنَّ قوله: «مَنْ أسلَم فليُسلِم في كيلٍ معلوم» يتضمَّن المَكيل، كأنه قال: مَن أسلَم في مَكيل فليكن في مَكيل معلوم.

---

(1) أخرجه بنحوه الترمذي (1238)، وابن ماجه (2271)، وقال الترمذي: «حديث حسن»، وينظر تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (4/ 25).

(2) رواه البخاري (2239) ومسلم (1604).

(3) المصادر السابقة.

قال أصحابنا: على أنَّ الخبر حجَّةٌ لنا؛ لأنه ذَكر الكيلَ والوزن تنبيهًا على وجوب كون ما يُسلم فيه معلومًا بالجنس والنوع والصفة والقَدْر، وهذا ممكن في الحيوان.

قالوا: ولأنَّ السَّلَم في أطرافه لا يجوز، وكل عينٍ لا يجوز السَّلَم في بعضه فكذلك في جميعها؛ كالجواهر.

فالجواب: أنَّ السَّلَم في الأطراف والأكراع والرؤوس جائزٌ عندنا إذا ضبطَتْه الصفة؛ فبطل ما قالوه.

قالوا: ولأنَّ الصِّفة المقصودة مِن الحيوان لا تنحصر بالصفات، بدليل أنَّ المقصود مِن الدَّوابِّ سرعةُ المشي والجَري والصبر على الكرِّ والفرِّ، ومِن الغنم وغيرها مِن المأكول كثرة اللحم، ومِن الغلام الخدمة والضبط والكِياسة، ومِن الجارية خفَّة الروح والنظافة وغير ذلك، وهذا لا يُضبط [و/301] بصفة؛ فلم يَجز السَّلَم فيه.

فالجواب فيه: أنَّ كل ما ذكروه يتحصَّل بالصفة إذا وصف بأكثر ممَّا يمكن أنْ يوصف مثله، وليس الغرض أنْ توصف [جميع][1] صفاته على ما هو به حتى لا ينخرم منه شيء؛ لأنَّ هذا لا يمكن في الحيوان ولا في الثياب ولا غيرها.

فأمَّا الخدمة والصبر على الكرِّ والفرِّ في الدَّواب؛ فإنه معروف بالخبرة والتجربة، فإذا تكرَّر ذلك منه وعُرف أمكن الإخبار عنه، وبالله التوفيق.

---

(1) في (ع): (الجميع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فصل:

فأمَّا أعيان العُروض وأنواعها؛ فالكلام بيننا وبين المخالفين في الصفة هل تحصرها أم لا؟

فالذي نقوله في الجملة: إنَّ كل ما حصرته الصفةُ فالسَّلَم فيه جائز.

والرجوع في أنَّ ذلك تحصره الصفة أو لا تحصره لا يقف على دعاوى أرباب المذاهب، وإنما يقف على العادة وما عُرف بالتجربة، فلا معنى لإفراد كل شيء بالكلام عليه إذا كانت جملته ما ذكرناه، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا (الأجل)؛ فإنه شرط في صحَّة السَّلَم.

[ومقداره][1] مختلف فيه:

فَروى ابن القاسم عن مالك: «أنَّ الأجل هو ما تتغيَّر في مثله الأسواق»[2].

ورَوى ابن عبد الحكم: «إنْ أسْلَم إلى يومين وثلاثة جاز، والأيام اليسيرة جاز»[3].

فاختلف أصحابنا في تخريج ذلك على قول مالك.

فمنهم مَن قال: المسألة على روايتين:

إحداهما: أنَّ السَّلَم الحالَّ جائزٌ.

---

(1) في (ع): (ومقدار)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) المدونة (3/ 79).

(3) في النوادر والزيادات (6/ 66) عن ابن عبد الحكم: «بُعدُ الأجل في السَّلَم أحب إلينا من اليوم واليومين، وكل لا بأس به».

والأخرى: أنه لا يجوز، وأنَّ الأجل مِن شرطه.

وهذا قولُ فريقٍ منهم.

والجمهور يقولون: إنَّ المسألة على رواية واحدة؛ في أنَّ السَّلَم الحالَّ غيرُ جائز، وأنَّ الأجل شرطٌ في السَّلَم، إلا أنَّ مقدار الأجل مختلفٌ فيه على روايتين:

إحداهما: أنه لا يكون إلا في مثل ما تتغيَّر في مثله الأسواق وتختلف الأسعار.

والأخرى: أنه يجوز في المدَّة القليلة.

وإذا انتهينا إلى توجيه الاختلاف ذكرنا القول في المدَّة التي تختلف الأسواق في مثلها، وما يقوم مقامها مِن اختلاف البلدان والمواضع.

ونحن نبدأ بالكلام في منع السَّلَم الحالِّ، وندلُّ على أنَّ الأجل مِن شرطه، وأنَّ هذا قولنا وقول أبي حنيفة[1].

وقال الشافعي: السَّلم الحالُّ جائز، وهو أَوْلى بالجواز مِن الأجل[2].

والذي يدلُّ على ما قلناه: حديث ابن عباس: أنَّ رسول الله ﷺ قدِم المدينة وهم يُسلمون في التمر السنتين والثلاثة؛ فقال: «مَن أسْلَم فليُسلم في كيلٍ معلوم ووزنٍ معلوم إلى أجل معلوم»[3]؛ فجعل الأجلَ مِن صفات السَّلَم،

---

(1) التفريع (2/ 89)، التجريد للقدوري (5/ 2666).

(2) الحاوي الكبير (5/ 395).

(3) رواه البخاري (2240) ومسلم (1604).

فدلَّ على أنه مِن شرطه.

فإنْ قيل: معناه: مَن أسْلَم في مؤجَّل فليكن إلى أجل معلوم، كما كان معناه مَن أسلم في مَكيل أو مَوزون فليُسلِم في كيلٍ معلوم ووزن معلوم، وإلا فظاهره متروك.

قلنا: ليس ظاهره متروك؛ لأنه قال: «مَن أسلَم في تمر»، وهذا يفيد أنه لا يجوز أنْ يُسلم في هذا النوع إلا على كيلٍ أو وزن، فلا يبقى جواز السَّلم في غير مَكيل ولا مَوزون.

ومتى حملناه على أنَّ المراد به مَن أسلَم في مؤجَّل؛ كان إضمار تخصيص في اللفظ وتقييد له بما ينفي إطلاقه، وذلك غير جائز إلا بدليل.

فإنْ قيل: فقد رُوي: «وأجل معلوم»[1]؛ والأجل لا يُسلم فيه.

قلنا: إنْ ثبت فمعناه: إلى أجل، فإنه لا فائدة له سواه.

فإنْ قيل: لمَّا لم يكن في اللفظ تخصيص لأجَل دون أجَل حصل منه -إذا قال: أسلمتُ إليك على أنْ تدفعه إليَّ لوقتي، وإلى ساعة- أنْ يجوز؛ لأنَّ ذلك أجَلٌ معلوم.

قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أنه إذا ثبت أنَّ الأجل مِن شرطه ثبت أنه [و/302] لا يجوز حالًّا.

وإذا ثبت ذلك؛ دعت الضرورة إلى فصلٍ بين الحالِّ والأجل، والكلام في هذا ليس ممَّا نحن فيه؛ لأنَّ كلامنا في اعتبار أصل الأجل لا في مقداره.

---

(1) هي رواية الشافعي للحديث، ينظر السنن الكبرى للبيهقي (11083).

والثاني: أنَّ البيع على ضربين؛ حالٌّ ومؤجَّل:

وصفة الحالِّ: ما يكون للمشتري المطالبة به عقب العقد بلا فصل.

وصفة المؤجَّل: ما لا يكون له ذلك إلا بعد حلول أجله.

وما قالوه يوجب أنْ تكون البياعات كلها مؤجَّلة، وأنْ لا يوجد بيع حالٌّ، وهذا باطل، فبطل ما قالوه.

ولأنَّ السَّلَم إنما جُوِّز ارتفاقًا للمتبايعين؛ لأنَّ المُسلِم يقدِّم الثمن للارتخاص، والمُسلَم إليه يرغب في ارتخاص الثمن للرِّفق الذي له في استعجال الانتفاع به، وفي الصَّبر والتأخير؛ فوجب أنْ يكون ما أخرج ذلك عن بابه ممنوع؛ لأنه إذا كان ذلك حالًّا زال هذا الرِّفق، فكان كالقرض؛ لمَّا كان موضوعه الرِّفق، فالمستقرض كان إذا خرج عن ذلك بطل عقده.

فإنْ قالوا: لا نسلِّم أنَّ السَّلَم إنما جُوِّز للرِّفق الذي وصفتم، بل إنما جاز لأنَّ فيه ارتفاقًا للبائع والمشتري؛ لأنَّ المشتري يبتاع شيئًا في ذمَّة الغير فيأمن فسخ العقد بتلف ما أسلم فيه، بخلاف بيوع الأعيان.

ولأنَّ العين المَبيعة إذا هلكت قبل القبض بطل العقد، ولا يخاف ذلك في السَّلَم، وهو أنواع مِن الارتفاق.

فالجواب: أنه لا يمنع أنْ يحصل في السَّلَم الرِّفق مِن وجوه، إلا أنَّ المُراعى في ذلك هو المقصود له والذي يُراد، دون الشاذ والنَّادر، وقد علمنا أنَّ الإنسان لا يبيع بوَكْس[1] ويلزم ذمَّته دَينًا إلا لفائدة لولاها لم يتكلف مشقة

---

(1) الوكس: النقص. مختار الصحاح (وكس).

ذلك، وأنه لا يبذل مالَه ويقدِّمه حتى إنْ هلك المَبيع لم يبطل العقد.

فثبت أنَّ الاعتبار بما قلناه.

قال أصحابنا: ولأنَّ السَّلَم مشتقٌّ مِن اسمه الذي هو السَّلَف، وهو أنْ يتقدَّم رأس المال ويتأخر المسلَم فيه؛ فوجب منع ما أخرجه عن معنى اسمه.

فإنْ قيل: لم يخرج عن معنى اسمه؛ لأنَّ السَّلَم مأخوذ مِن التقديم، وذلك موجود؛ لأنَّ رأس المال يتقدَّم.

قلنا: ينتقض بالصَّرف؛ لأنَّ تقديم رأس المال واجبٌ فيه، وليس بسَلَم.

فإنْ قيل: في الصَّرف البدل والمبدل يتعجلان.

قلنا: إلا أنَّ العبرة موجودة، وهي تقديم رأس المال.

على أن كون رأس المال متقدما يوجب كونه سلفا يقتضي مسلفا فيه، وبالتعجيل يزول هذا المعنى.

ولأنه بدل في السَّلَم فوجب أنْ يقع على وجهٍ واحد اعتبارا برأس المال.

ونريد بقولنا: «على وجه واحد»؛ في التعجيل والتأخير؛ لأنه لا يكون إلا على أحد الوجهين.

ولا يمكنهم أنْ يعكسوه علينا:

[فيقولوا][1]: فوجب أنْ يكون حالا؛ لأنه ينتقض بالسَّلَم في المعدوم.

ولا أنْ [يقولوا][2]: فجاز أنْ يكون حالا؛ لأنَّ الثمن يجب [بذلك][3] فيه.

---

(1) في (ع): (فنقول)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (يقول)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (ذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وهذه العبارة لا تستقيم فيه.

واحتجَّ مَن خالفنا بأنَّ رسول الله ﷺ ابتاع بعيرًا بثمن في ذمَّته[1]، وهذا هو السَّلَم.

فالجواب: أنَّ هذا ليس بسَلَم، وإنما هو مِن بيوع الأعيان، ومِن وصف بيوع الأعيان أنْ يكون الثَّمن في الذمَّة إذا لم يكن متعينا، وليس معنى السَّلَم أنْ يتعلَّق بالذمَّة فقط؛ لأنَّ هذا يوجب أنْ تكون البياعات كلها سَلما، وذلك باطل.

قالوا: ولأنه نوع معاوضة محضة يصحُّ منه مؤجل؛ فصحَّ منه معجل؛ أصله: البياعات، [303/و] ولا يدخل عليه الكتابة؛ لأنها ليست بمعاوضة محضة.

وعن هذا جوابان:

أحدهما: أنَّ موضوع الأمرين مختلف.

ولأنَّ موضوع السَّلَم مبنيٌّ على الارتفاق؛ فيجب بطلانه إذا خرج عن ذلك، وليس كذلك بيوع الأعيان، والعقد إذا وقع على صفة يمنع المقصود به وجب منعه.

والثاني: أنَّ في تعجيل البيع لا يبطل الاسم؛ لأنَّ الاسم يصلح للمؤجل والمعجل، وليس كذلك في السَّلَم؛ لأنَّ الاسم لا يصحُّ فيه إلا مع الأجل.

قالوا: ولأنه عقدٌ ليس مِن شرطه التنجيم؛ فوجب أنْ لا يكون مِن شرطه

---

(1) أخرجه البخاري (2097)، ومسلم (715) من حديث جابر بن عبد الله.

التأجيل؛ دليله النكاح.

هذه عبارة الإسفراييني[1]، وهي نكتة فاسدة الموضوع؛ لأنَّ التنجيم ضربٌ مِن التأجيل، فكأنهم قالوا: لمَّا لم يكن مِن شرطه نوع مِن التأجيل لم يكن مِن شرطه النوع الآخر؛ وذلك باطل.

وعلى أنَّ دخول الأجل يفسد النكاح، وما يفسد الشيء لا يقال: ليس مِن شرطه.

ولأنَّ موضوعهما مختلف؛ لأنَّ المقصود بالسَّلَم ما ذكرناه مِن الارتفاق، وهذا معدوم في النكاح.

ولأنَّ المقصود مِن النكاح الاستمتاع المتأبد، فمعنى التنجيم لا يصحُّ فيه ولا يتصوَّر.

ولأنَّ ذلك إنما يتصوَّر في شيء محصور يستوفى في مدَّة النجوم، والاستمتاع في النكاح ليس بمحصور ولا مقدَّر.

فبانَ أنَّ ما أوردوه لا محصول له.

قالوا: ولأنها مدَّة ملحقة بمعاوضة محضة؛ فلم تكن مِن شرط العقد؛ أصله: خيار الثلاث.

وهذا أيضًا لا يصحُّ؛ لأنَّ الملحق بالشيء ما ليس منه وما يصح انفصاله عنه، وإذا كان الأجل عندنا مِن شرط العقد؛ فكيف يُسلَّم أنه ملحق به؟ وإنْ

(1) هو أبو حامد أحمد بن محمد الإسفراييني الشافعي،قال الشيخ أبو إسحاق في الطبقات: انتهت إليه رئاسة الدين والدنيا ببغداد، توفي سنة (406هـ). تاريخ بغداد (6/ 20)، سير أعلام النبلاء (17/ 193).

جاز أنْ يقال هذا؛ جاز أنْ يقال في صفة المسلَم فيه: إنه معنى ملحقٌ بالعقد، وجاز أنْ يقال في وجوب التقابض في الصَّرف عقيب العقد أو حال المجلس: إنه معنى ملحَقٌ بالعقد؛ وكل هذا فاسد.

وينتقض بالكتابة، ولا يحرزهم منه قولهم: «محضة»؛ لأنَّ الأجل إذا ألحق بالعقد فلا فرق بين أنْ يكون محضة أو مقصودة.

قالوا: واستدلال الشافعي أنَّ السَّلَم إذا جاز مؤجَّلا مع كثرة الغَرر فيه؛ كان جوازه حالا أَوْلى لبُعده عن الغَرر.

هذا فاسد مِن عدَّة وجوه:

أولها: أنَّ الشيء لا يُقال فيه إنه أَوْلى مِن غيره إلا إذا وجد فيه معناه وزاد عليه فيه، كقولنا: إذا حرم التمر لحلاوته فالعسل أَوْلى؛ لأنَّ الحلاوة موجودة فيه، وهو أبلغ مِن التمر في الوصف بها.

وكقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء:23] أنه إنْ كان ممنوعا للأذية كان الضرب والشتم أَوْلى.

وجواز السَّلَم الحالِّ ليس علته بُعده مِن الغَرر ولا قربه منه، وإنما علته ما ذكرناه مِن الارتفاق، وهذا يختصُّ بالمؤجل دون المعجل.

وعلى أنَّا لا نسلِّم ما ذكروه مِن بُعده مِن الغَرر؛ لأنَّ عدم الأجل هو الغَرر؛ لأنَّ مَن أخذ شيئا في سَلم يقبض منه للوقت فقد قصد الغَرر مِن غير حاجة ولا ضرورة؛ لأنه قادر على بيعه حالا، فما الفائدة في تعرُّضه للسَّلم وتعليقه إيَّاها بالمدَّة؟

وعلى أنَّ الغَرر موجود في الموضعين إلا أنه بالعكس ممَّا ذكروه؛ لأنه أبيح للضرورة، وموضع الضرورة هو دخول الأجل لمَا يرجو الناس مِن حوالة الأسواق وتغيُّر الأسعار، وأنَّ المسلم إليه يرخص السِّعرَ لينتفعَ بتعجيل الثمن وتأخير الإقباض، والمسلِم يرغب في أنْ يَقبض المسلَم فيه في وقتٍ يرجو قوَّة سعره وكثرةَ ربحه، وبالتعجيل يزول هذا فيصير قصدا للغَرر لا محالة.

قالوا: ولأنَّ الثمن لمَّا جاز أنْ يكون حالا كذلك المسلَم فيه؛ لأنه أحد البدلين في عقد [و/ 304] السَّلم.

وهذا أيضًا باطل؛ لأنَّ الثمن يجب تقديمه، ولا يجوز أنْ يقال إنه يجوز ذلك فيه.

ولأنَّ الثمن لا تختلف أغراض الناس فيه، والمثمن يختلف باختلاف الأوقات وبتغيُّرها، فبالتعجيل يزول معنى الرِّفق المقصود، وبالله التوفيق.

فصل:

إذا ثبت بما ذكرناه أنَّ الأجل شرط في السَّلم:

فوجه قوله: «إنه يجوز الأجل القريب والبعيد»:

قوله ﷺ: «في كيل معلوم إلى أجل معلوم»[1]؛ فعمَّ.

ولأنه أجل في السَّلم؛ فأشبه الأجل البعيد.

ولأنه معنى مشترطا في السَّلَم؛ فجاز قليله وكثيره، أصله: مقدار

(1) رواه البخاري (2253) ومسلم (1604).

[المسلَم][1] فيه.

ولا اعتبار بتغيير الأسواق، واختلاف الأسعار لا معنى له؛ لأنَّ ذلك يوجب مراعاة كثرة الفائدة والربح، وهذا غير مراعى باتفاق، ألا ترى أنه يجوز أنْ يسلم في قَفيز حنطة ونصف قفيز، كما يجوز أنْ يسلم في مئة كُرٍّ[2] وألف، ويجوز أنْ يقال: إنَّ السَّلم في القليل لا يصح؛ لأنه لا تحصل فيه فائدة ولا ربح، فكذلك طول الأجل وقِصره.

ولأنَّ تغيير الأسواق أمرٌ مظنون به لا مقطوع به، ألا ترى أنه قد تختلف ولا تتغيَّر، وقد ينعكس فيكون في وقت الحلول أرخص منه وقت الإسلاف، وإذا كان كذلك؛ لم تقف صحة العقد على ما هذه سبيله.

ووجه قوله: «إنه لا يجوز إلا إلى أجل تتغيَّر فيه الأسواق»:

هو أنَّ السَّلَم المقصود منه الارتفاق الذي ذكرناه؛ مِن انتفاع البائع بتقديم المال والمشتري بالارتخاص؛ ليحصل له مِن تغيير الأسعار واختلافها ما قصداه، فمتى ضربنا أجلًا لا يوجد فيه هذا المعنى لم يحصل الرِّفق المقصود، وكان ذلك قصدًا للغَرر، فكذلك قصير الأجل.

فأمَّا الخبر؛ فمرتَّب على ما ذكرناه.

واعتبارهما بالأجل البعيد؛ لا يصحُّ، لأنَّ الغرض يحصل به، وهو تغيير

---

(1) في (ع): (السلم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) الكُرّ: كيل معروف والجمع أكرار، وهو عند أهل العراق ستون قفيزا. قال الأزهري: فالكُرّ على هذا الحساب اثنا عشر وَسْقا، وكل وَسْق ستون صاعا. تاج العروس، النهاية (كرر).

الأسواق في مثله.

وأمَّا مقدار المسلم فيه فلا تغرير فيه؛ لأنَّ المقصود بالسَّلَم هو على مقدراه في نفسه؛ فصار أصلا بُني الارتفاق عليه، وليس كذلك الأجل؛ لأنه صفة مِن صفاته، فجاز أنْ تقدَّر به.

وكذلك قولهم: «إنَّ هذا يوجب ألا يسلم إلا في الكثير؛ لأنَّ القليل لا ربح فيه»؛ لا يصح، لأنَّ الاعتبار بحصول الارتفاق في مقدار المسلم فيه قليلا كان أو كثيرا، إلا أنَّ الأجل لا يُراد لنفسه، وإنما يُراد لغيره، وهو المال المسلم فيه، فالارتفاق على حسبه، وإذا كان قليلا؛ فقد علمنا أنَّ غرضه الارتفاق بذلك المقدار فقط.

وأمَّا حوالة الأسواق؛ فليست بمظنونة، بل هي الغالب، وما ذكروه نادرٌ ليس بغالب، بدليل أنه لو كان غالبا أو متساويا لم يتسارع الناس إلى السَّلف كل وقت لمَا لا فائدة فيه، أو لعلَّه يعود بخسران.

وبعدُ؛ فإنَّا نحاكمهم إلى العادات، والمذاهب لا مَدخل لها في جحد العادات ولا نقضها، والله أعلم.

فصل:

إذا ثبت هذا؛ فتقدير مدَّة الأجل التي تختلف الأسواق في مثله غير مخصوص؛ لأنها مختلفة باختلاف البلدان وما جرت به العادة في كل موضع بين أهله.

وتقدير أبي محمد لذلك بـ: (خمسة عشر يوما) يرجع إلى هذا الذي قلناه؛ مِن جَري العادة به.

فأمَّا تجويز قَصيرِه في غير البلد الذي أسلم فيه؛ فإنَّ اختلاف الأسواق باختلاف البلدان كاختلافها ببُعد الأجل؛ ألا ترى أنَّ الناس يجهِّزون الأمتعة إلى البلدان رجاء اختلاف الأسعار، كما يسلِمون في الأجل البعيد لاختلاف الأسواق به.

وإذا كان الأمر كذلك؛ كان اختلاف البلدان في حصول الغرض المقصود معه -وهو الرِّفق باختلاف الأسواق- قائما مقام طويل الأجل في ذلك، فكان بمثابته، والله أعلم.

فصل:

قال مالك -رحمه الله-: «ولا بأس بالسَّلَم إلى الحصاد وإلى الجداد وإلى الموسم»[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: [و/ 305] لا يجوز ذلك[2].

والدليل لقول مالك قوله ﷺ: «إلى أجلٍ معلوم»[3]، وهذا أجل معلوم.

فإنْ قيل: ليس بمعلوم؛ لأنَّ وقت الحصاد قد يتقدَّم ويتأخَّر؛ فلا يكون الأجل معلوما به.

---

(1) المدونة (3/ 196)، تهذيب المدونة (3/ 13).

(2) شرح مختصر الطحاوي (3/ 120)، الحاوي الكبير (5/ 403).

(3) رواه البخاري (2253) ومسلم (1604).

قيل: ليس ذلك بمُخرجٍ له عن كونه معلوما؛ لأنَّ الخلاف اليسير في الأجل معفوٌّ عنه في السَّلَم، يدلُّ عليه أنَّ الكل قد أجازوا السَّلَم إلى سنة، وإنْ كانت الشهور تختلف بالزيادة والنقصان، ثم لم يحصروا ذلك بعدد الأيام؛ فكذلك الاختلاف في وقت الحصاد والجداد اختلافا يسيرا لا يخرج إلى التفاوت.

ونحرِّر مِن هذا قياسا، فنقول: لأنه أجل معلَّقٌ بوقت مِن الزمان، يُعرف في العادة، لا يتفاوت اختلافه، فأشبَه إذا قال: «إلى شهر كذا» أو «إلى النَّيْروز»[1] أو «إلى المِهْرَجان»[2].

فإنْ قيل: وقت النَّيروز والمهرجان معروف، وليس كذلك الحصاد والجداد.

قيل له: بلى؛ وقتهما معلوم بالعادة، وإنْ تفاوتت التفاوت اليسير، كما أنَّ النَّيروز قد يكون اليوم السابع عشر مِن آذار، وقد يكون الخامس عشر.

فإنْ قيل: إنَّ السَّلَم إلى شهر جائز لأنه معلوم؛ يلزمه أول الشهر أو آخره؟

قيل له: الشهر عبارة عن ثلاثين يوما، [أو][3] تسعة وعشرين يومًا، فإذا أُطلق السَّلَم إليه فإنَّ ذلك جائز مِن قول الجميع، ومعلوم أنَّ ما بين أوَّله

(1) النيروز: فارسي معرَّب، وهو أول السنة الشمسية عند الفرس ومن أكبر أعيادهم. المعجم الوسيط (2/ 962)، المصباح المنير (نزر).

(2) المهرجان: كلمة فارسية مركبة من كلمتين الأولى (مهر) ومن معانيها الشمس، والثانية (جان) ومن معانيها الحياة أو الروح، وهو عيد الخريف عند الفرس. المعجم الوسيط (2/ 890)، المصباح المنير (مهر).

(3) في (ع): (و)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وآخره متفاوت، إلا أنَّ الوسط يوجد مِن ذلك؛ فكذلك في الحصاد والجداد.

فإنْ قيل: لمَّا لم يعلِّق الأجل بوقتٍ بعينه لم يجز؛ لأنَّ الحصاد يتقدَّم في بعض السنين ويتأخَّر بحسب تقدُّم الحرِّ وتأخره، فصار تعليقه كتعليقه بقدوم زيد الذي قد يتقدَّم وقد يتأخَّر.

قيل له: هذا حدٌّ مِن الغفلة لا يبلغه فقيه؛ لأنَّ قدوم زيدٍ لا أمارة عليه ولا دلالة ولا عادة مفسِّرة؛ لأنه بحسب اختياره متى شاء قدَّمه ومتى شاء أخَّره، ووقت الحصاد والجداد وقت معلومٌ بالعادة التي أجراها الله تعالى لا يختلف إلا الاختلاف اليسير، فتشبيه ذلك بقدوم زيد بُعدٌ عن النظر.

قال الجرجاني[1]: ولأنَّ الحصاد فعلٌ للناس؛ فأشبه أنْ يجعل الوقت حال قيام زيد أو قعود عمرو.

وهذا مثل سؤاله الأول؛ لأنَّ الأجل ليس هو نفس الفعل، وإنما هو الوقت الذي جرت العادة بأنه وقت الحصاد، فعل أو لم يفعل لو أمكن وتُصوِّر ألا يفعله.

وعلى أنه لا يمتنع أنْ يتعلَّق بأحد الفعلين إذا كان واحداً لا يختلف، ويمتنع تعلُّقه بالآخر إذا كان يختلف، كما لو قال إلى طلوع الشمس وغروبها لصحَّ، ولو قال: إلى أنْ يقدم زيدٌ لم يصحَّ، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا تأخير رأس المال في السَّلَم فيُنظر:

---

(1) محمد بن يحيى بن مهدي أبو عبد الله الجرجاني، فقيه من أعلام الحنفية (ت398هـ).

فإنْ عَقدَا على شرط التأخير، أو على أنْ يتأجَّل الثمن كما يتأجَّل المُسلَم فيه؛ فلا يجوز ذلك، لأنه قد يكون دَينًا بدَيْن، وذلك ممنوع بالإجماع.

وإنْ شَرَطا تأخيره اليوم واليومين لا أكثر مِن ذلك؛ جاز.

قال أبو حنيفة والشافعي: «إنْ لم يتقابَضا في المجلس فالعقد باطل»[1].

والذي يدلُّ على ما قلناه قوله ﷺ: «فليُسلم في كيلٍ معلوم ووزنٍ معلوم إلى أجلٍ معلوم»[2]؛ ولم يشترط تقديم رأس المال في المجلس.

هذا مع أنَّ المقصود بهذا الخبر بيانُ وَصْفِهِ السَّلَم وشروطِه، ونقلهم عن ما كانوا عليه فيه مِن أحكام الجاهلية.

ولأنه عقدُ معاوضةٍ لا يخرج بتأخيره عن أنْ يكون سَلما؛ فأشبه البيع.

واحتجَّ المخالفون:

بنهيه ﷺ عن الدَّين بالدَّين[3]، وهذا منه.

فالجواب: أنَّ هذا ليس مِن باب الدَّين بالدَّين؛ لأنه تأخير المدة اليسيرة مِن الزمان التي قد [جرت][4] العادة بالحاجة إلى مثلها، لا تخرجه إلى باب

---

(1) شرح مختصر الطحاوي (3/ 125)، الحاوي الكبير (5/ 403).

(2) رواه البخاري (2240) ومسلم (1604).

(3) رواه البيهقي في الكبرى (10536-10540) من طريق موسى بن عبيدة الربذي عن نافع وعبد الله ابن دينار عن ابن عمر، وفي بعض رواياته: «الدين بالدين» وفي أخرى «الكالئ بالكالئ»، ونقل ابن الجوزي عن أحمد أنه قال: «ولا يحل الرواية عن موسى بن عُبيدة، ولا أعرف هذا الحديث من غير موسى، وليس في هذا حديث صحيح، وإنما إجماع الناس على أنه لا يجوز دَيْن بدَيْن». العلل المتناهية (2/ 111).

(4) في (ع): (جارت)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

الدَّين بالدَّين.

ألا ترى أنه لابدَّ مِن استثناء [و/ 306] مدَّة يمكن فيها وزن المال ونقده، وأنَّ في المجلس العادة جارية بأنَّ الإقباض والوزن يتراخيا عن وقت الإيجاب والقبول.

وكذلك فقد يكون المال مِن الكثرة، وبحيث يحتاج في تنجيز وزنه ونقده وقبضه إلى مدة مثل اليوم أو أكثر اليوم، ثم لا يوجب ذلك كونه دينًا بدَيْن.

ويبيِّن ذلك؛ أنَّ التأخير القريب لا يخرج الحال عنه أنْ يكون حالًّا، بدليل أنَّ مَن اشترى ثوبا بنقد فتأخَّر قبضه اليوم واليومين مِن غير شرط أجل؛ فلا يقال: إنه بيع نَساء أو إلى أجل.

وكذلك تأخير المَبيع بالثمن اليوم واليومين لا يقال: إنه قد أخذ الشِّقص[1] نَساء، وإذا ثبت ذلك؛ بطل تعلُّقهم بالخبر.

قالوا: ولأنَّ التعجيل لمَّا كان مِن شرط صحة هذا العقد وجب استحقاقه في المجلس؛ أصله: عقد الصَّرف.

فالجواب: أنَّ الصَّرف رُوعي فيه أنْ يكون يدًا بيد، لا اعتبارَ بمجلس ولا غيره؛ لأنَّ أحد البدلَيْن لو تأخَّر قبضه وهما في المجلس لبطل العقد، والسَّلَم بخلافه؛ لأنهما لو طال لهما المجلس اليوم أجمع لم يبطل.

قالوا: [ولأنه][2] اختصَّ باسم فارق به سائر البياعات كاختصاص الصَّرف

(1) الشقص: بالكسر القطعة من الأرض والطائفة من الشيء. مختار الصحاح (شقص).

(2) في (ع): (ولا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

باسمه، وإذا كان التعجيل معتبرا في أحدهما فكذلك في الآخر.

فالجواب: أنه [ليس][1] مِن حيث أشبه الصَّرف في اختصاصه باسم يجب أنْ يشاركه في جميع أحكامه، بدليل أنه لا يلزم فيه تعجيل كِلا البدلَيْن.

وعلى أنَّا قد بيَّنا أنه يفارقه في تأكيد التعجيل؛ لأنَّ ما رُوعي في الصَّرف مِن ذلك غير مراعى في السَّلَم.

قالوا: ولأنَّ المانع مِن تأخير رأس المال زيادة على ثلاثة أيام هو كون البدل والمبدل دَينًا، وهذا موجود في اليوم الواحد.

فالجواب: أنَّ هذا يبطل ببقائهما في المجلس؛ لأنَّ تأخير الإقباض جائز عندهم في تلك الساعة إلى أنْ يفترقا، ولا يلزم أنْ يقبضه عقيب العقد، وقوله: «قد بعتك بجزء مِن الزمان في تلك الحال»؛ ففصلهم في هذا[2] هو فصلنا فيما سألوا عنه.

على أنَّ الفصل بين الأمرين واضح، وهو أنَّا أجزنا اليوم واليومين؛ لأنه في حكم المجلس؛ لأنها مدَّة يحتاج إليها في [إيصال المال][3] وجمعه -كما يحتاج إلى ذلك في بعض اليوم- وهو [وزن][4] المال أو نقده، وما زاد على ذلك خارج عن هذا الباب.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (هذا هذا).

(3) في (ع): (اتصال الماء)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (دون)، والمثبت من المعونة (2/ 988).

وليس إذا جاز اليسير الذي هو في حكم النقد وجب جواز الكثير؛ لأنَّ المعنى مفترق فيهما، ألا ترى أنَّ الخيار يجوز عندهم بثلاثة أيام ولا يجوز زيادته عليها للغَرر.

قالوا: ولأنَّ التأخير لو جاز في السَّلم لم يخص به زمان دون زمان، ولا مدَّة دون مدَّة؛ أصله: سائر البياعات.

فالجواب: أنَّا لا نقول إنَّ التأخير جائز فيه، بل مِن شرطه النقد، إلا أنَّ كيفية النقد يرجع فيه إلى العُرف، ألا ترى أنَّ سائر الأثمان إذا اشترط فيها النقد فإنَّ النقد جائز فيها، ويخيَّر البائع على الإنظار مدَّة ما يمكن أنْ يؤخذ المال فيه على العُرف.

ويبيِّن ذلك: أنَّ مَن باع سلعة أو بستانا بمال عظيم، فإنَّ البائع يَلزمه إنظار المشتري ما يمكنه حمل ذلك المال ووزنه ونقده وتوفيته إيَّاه، ولو مضى في ذلك عدَّة أيام لكثرة المال والحاجة فيه إلى ذلك، ثم لم يجب مِن هذا أنْ يقال إنه باع المال نساءً ولا مؤجَّلا، لكنه باع نقدا.

وفي إلزام المسلم توفية المُسلَم إليه هذا المال في المجلس في حال واحدة خروج عن عُرف الناس وعادتهم في توفية الأموال وكيفية إقباضها.

ولا يلزم على هذا [الصرف][1]؛ لأنَّ شأنه أنْ يكون يدًا بيد، لا يتأخَّر أحد الطرفين فيه ولا كلاهما، وهذا غير معتبر في السَّلَم.

---

(1) في (ع): (العرف)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

على أنَّا لسنا [نحدُّ][1] في تأخير [و/ 307] قبض رأس المال في السَّلَم يومين ولا ثلاثة، ولكن بقدر ما لا يخرج إلى النَّساء.

قالوا: ولأنَّ رأس المال لا يخلو أنْ يكون عينا أو دَينا:

فإنْ كان عينا؛ فإنَّ الأعيان التي لا يجب قبضها في المجلس لا يختلف التأخير فيها[2] بيومين ولا ثلاثة.

وإنْ كان دَينا؛ [فذلك][3] افتراق عن دَيْن بدَيْن.

فالجواب: أنَّ الافتراق غير مراعى، وإنما المُراعى ألا يكون نَساء، إذ التعجيل لا يخلو:

أنْ يكون يدا بيد عقيب العقد.

[أو][4] في المجلس.

أو على حسب العُرف.

فيبطل أنْ يكون عقيب العقد باتِّفاقنا.

وفي تعليقه بالمجلس دعوى؛ لأنه إباحة ضرب مِن التأخير معلَّق بمدَّة لا دليل عليها.

فلم يبقَ إلا ما قلناه، وبالله التوفيق.

---

(1) في (ع): (نجد)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) كذا في (ع)، وتقدير الكلام إذا لم يكن فيه سقط: (لا يختلف في جواز التأخير فيها).

(3) في (ع): (فلذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (و)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوزُ أنْ يكونَ رأسُ المالِ مِن جنسٍ ما أُسْلِمَ فيه، ولا يُسْلَمُ شيءٌ في جنسه أو فيما يَقْرُبُ منه إلا أنْ يُقرضَه قرضا [شيئا][1] في مثلِه صفةً ومقدارًا، أو يكون النفعُ للمُستَسلِف).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

قد ذكرنا هذا فيما تقدَّم، وبيَّنا أنه مِن باب الرِّبا، وأنه في المعنى قرضا يجرُّ نفعا، ولا معنى لإعادته[2].

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز دَيْنٌ بدَيْنٍ، وتَأخيرُ رأسِ المالِ بشَرْطٍ إلى مَحَلِّ السَّلَمِ، أو ما بَعُدَ عنَ العُقْدة مِن ذلك).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لنهيه ﷺ عن الكالئ بالكالئ، وهو الدَّيْن بالدَّيْن[3].

ومعنى ذلك إذا كان دَينًا مِن الطرفين؛ مثل أنْ يكون لك في ذمَّة رجل عشرة أثواب فتبيعها منه بكُرٍّ حنطة إلى شهر، [فقد][4] انتقلت مِن دَيْن إلى دَيْن.

---

(1) في (ع): (شاء)، والمثبت من متن «الرسالة».

(2) ينظر ما تقدم (ص: 170).

(3) تقدم تخريجه (ص: 264)، وفيه عن أحمد: «ليس في هذا حديث صحيح».

(4) في (ع): (وقد)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني (5/ 191) نقلا عن المصنف.

وكذلك إذا أسلمت إليه في كُرٍّ حنطة إلى سنة بعشرة دنانير تقبضه إيَّاها بعد سنة، فإنَّ ذلك دَيْنا بدَيْن[1].

فإنْ قرب مِن العقد جاز؛ لأنَّ العُرف جارٍ بذلك في النَّقد ولا يخرجه إلى النَّساء، وقد ذكرناه.

فأمَّا إذا تعجَّل أحد الطرفين إمَّا الثمن أو المثمن فذلك جائز؛ لأنه قد خرج على أنْ يكون دَينا بدَيْن، وصار دينا بعَيْن، وإنما المنع إذا كان كلا الطرفين دَينا.

والحوالة مستثناة مِن ذلك، وإنْ كانت في الحقيقة دينا بدَيْن؛ لأنَّ طريقها المعروفُ دون المغابنة والمتاجرة والمكايسة، فاستُثنيت مِن باب الدَّيْن بالدَّيْن، كاستثناء العرية مِن بيع الرُّطب بالتمر، والقِراض مِن الإجارة وما أشبه ذلك.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز فَسْخُ دَيْنٍ في دَيْنٍ، وهو أنْ يكونَ لك شيءٌ في ذمَّته فتَفْسَخه في شيءٍ آخرَ لا تتعجَّلُه).

---

(1) قال الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 191) تعقيبا على المصنف:

«في التمثيل بالمسألة الأولى نظر؛ فإن ذلك من باب فسخ الدين في الدين، لا من باب الدين بالدين، وهو أشد من ابتداء الدين بالدين، فإن بيع الدين بالدين عبارة عن شغل ذمتين، وفسخ الدين في الدين عبارة عن شغل ذمة واحدة، وذلك غير منطبق على ما مثل به.

وأما المثال الثاني فصحيح؛ لأنه شغل ذمتين، كما تقدم».

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

أمَّا إنْ فسخه في دَيْن في الذمَّة فلا يجوز؛ لأنه دَيْن بدين، وهذا ما لا شُبهة فيه.

فأمَّا إنْ فسخَها في عين؛ فإنْ [قبضها][1] للوقت جاز؛ لأنَّ ذلك بيع دين بعَيْن، وإنْ كان ممَّا يتأخر مثل ثمرة يستجنيها أو إجارة دار أو عبد؛ فإنَّ مالك -رحمه الله- منع منه، وعند أشهب أنه جائز.

فوجه قول مالك: نهيه ﷺ عن الكالئ بالكالئ[2]، وهذا يتعلق به من قِبل أنَّ ضمان هذه الثمرة مِن البائع؛ فكذلك المنافع إلى أنْ تُستوفى؛ لأنَّ حقَّ التوفية يلزمه، ألا ترى أنه لا يبرأ إلا بالتوفية، وإذا كان كذلك كان مِن وجه الدَّيْن بالدَّيْن.

ونحرِّره فنقول: لأنه باع مضمونا بمضمون، فلم يجز ذلك؛ أصله: إذا كان مضمونا في الذمَّة.

فإنْ قيل: ليس في الأصول قبض [يلزم][3] [و/ 308] تعجيله بعد الافتراق مِن المجلس.

قلنا: بلا، في الأصول مثل هذا؛ وهو أنَّ رجلا لو باع رجلا سلعة بدَيْن له عليه لم يفارقها حتى يقبضها.

وإذا باع قَفيزا مِن طعام غير معيَّن له عليه فلم يقبضه في الحال؛ كان في

---

(1) في (ع) ما صورته: (قبها)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) تقدم تخريجه (ص: 264)، وفيه عن أحمد: «ليس في هذا حديث صحيح».

(3) في (ع): (فلزم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

معنى الدَّيْن بالدَّيْن.

فإنْ قيل: يجب أنْ يكون الافتراق مبطلا لعقده.

قلنا: إنْ لم يكن الطعام معيَّنا فكذلك نقول[1]، وكذلك في السلعة الغائبة.

ووجه قول أشهب أنْ يقال: لأنه بيع دَيْن بعَيْن؛ فأشبه الحاضرة المعيَّنة.

ولأنها عين مضمونة في الذمَّة فلم يكن دَينا، وإذا لم يكن دَينا [لم][2] يمنع منه؛ لأنَّ المنع هو الدَّيْن بالدَّيْن.

ولأنَّ المنافع ولو كانت تُستوفى أولًا فأولا [فليست][3] جارية مجرى الدَّين؛ لأنَّ قبض أوائلها كقبض جميعها.

ألا ترى أنه إذا استأجر إجارة مضمونة فله أنْ يؤخِّر النقد إذا شرع في الركوب، وإذا ثبت ذلك؛ جاز فسخ الدَّيْن فيه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوز بيعُ ما ليس عندَكَ على أنْ يكونَ عليكَ حالًّا).

قال القاضي -رحمه الله-:

يريد [منع][4] السَّلَم الحالِّ؛ لأنه غَرَر -على ما ذكرناه-.

---

(1) في (ع) في هذا الموضع: (في) ولعل الأليق بالسياق حذفها.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ع): (وليست)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (بيع)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني (5/ 195) نقلا عن المصنف.

ويحتمل أنْ يكون في السِّلع المعيَّنة ببيعها قبل أنْ يشتريها، فالأظهر هو أنْ يبيع شيئًا في ذمَّته ليس عنده على أنْ يمضي للوقت فيشتريه ويدفعه إلى المشتري؛ لأنَّ هذا قَصد للغَرر لا محالة؛ لأنه ليس ببيع عَين، ولا سَلمًا يتأخر فيكون المقصود منه الارتفاق، وإنما هو قصد للغَرر فقط[1].

مَسْأَلَةٌ

(وإذا بِعْتَ سِلعةً بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ فلا تَشترِيها بأقلَّ منه نَقدًا، أو إلى أَجَلٍ دونَ الأجل، ولا بأكثرَ منه إلى أبْعَدَ مِن أجَلِه، وأمَّا إلى الأجَلِ نفسِه فذلك كلُّه جائزٌ، وتكونُ مُقاصَّةً[2]).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

أمَّا منعه أنْ يبتاعها البائع نقدًا بأقل مِن الثمن الذي باعها؛ فهو قولنا وقول أبي حنيفة[3].

وقال الشافعي -رحمه الله-: يجوز ذلك[4].

وهذه المسألة مِن مسائل الذرائع، وهي مبنية على أصلنا فيها.

ووجه الذريعة فيها: أنه يحصل أنَّ البائع دفع مائة نقدًا ليأخذ مائة

---

(1) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 195-196).

(2) قال الفيومي: قاصصته مُقَاصة وقصاصا: إذا كان لك عليه دين مثلُ ما له عليك، فجعلت الدَّين في مقابلة الدَّين. المصباح (قصص).

(3) تهذيب المدونة (3/ 137)، شرح مختصر الطحاوي (3/ 77).

(4) الأم (3/ 38).

وخمسين إلى أجل، وذِكر السِّلعة والتبايع لغو، وهذا ذريعة لأهل العِينة، وهو أنْ يقول الرجل للرجل: «ابتع لي هذه السِّلعة بعشرة دنانير وأنا أربحك دينارا»، فيفعل ذلك، فيحصل منه قرض عشرة دنانير بأحد عشر مِن غير حاجة بالبائع إلى السِّلعة، وإنما يتذرَّع بها إلى قَرض ذَهَبٍ بأكثر منه.

وإذا وجدنا فعلًا مِن الأفعال يقع على وجه واحد ولا يختلف إلا بالنية مِن فاعله والقصد، وكان ظاهره واحدا، ولم يكن لنا تمييز إلى مقاصد الناس ولا إلى تفصيل مقصودهم وأغراضهم؛ وجب حسم الباب وقطع التطرُّق إليه، فهذا وجه بنائها على الذريعة.

فإنْ سلِّم لنا هذا الأصل بنينا الكلام في هذه المسألة عليه، وإنْ لم يسلَّم؛ نُقِل الكلام إليه، وقد ذكرنا فيما تقدَّم بعض ما يستدلُّ به في ذلك[1].

وأيضًا فإنَّ الصحابة -رضوان الله عليهم- سلكوا هذه الطريقة في منع البيع في هذه المسألة، ألا ترى إلى ما رُوي عن ابن عباس أنه سُئل عن رجل باع حريرة بمائة دينار، ثم اشتراها بخمسين؛ فقال: «الدراهم بالدراهم متفاضلة، والحريرة دخلت بينهما»[2]، وهذا نص قولنا؛ لأنَّ معنى: «الحريرة دخلت بينهما»؛ أي: إنهما سمَّياها ذريعة إلى التفاضل في الغرض.

---

(1) ينظر ما تقدم (ص: 104).

(2) أخرجه ابن أبي شيبة (20527)، وابن المنذر في الأوسط (10/ 364)، وابن حزم في المحلى (9/ 106)، وذكره ابن القيم في تهذيب السنن (9/ 241) وقال: ثبت عن ابن عباس، فذكره. وأخرجه بنحوه عن ابن عباس البخاري (2132)، ومسلم (1525).

ومِن الدليل على هذا [و/309] حديث العالية[1] عن عائشة -رضوان الله عليها- أنَّ أمَّ ولد زيد[2] بن أرقم ذكرت لها أنها باعت مِن زيد بن أرقم جارية بثمان مائة درهم إلى العطاء، وأنها اشترتها بعد ذلك بستِّ مائة درهم، فقالت: بئس ما شَرَيْت وبئس ما اشتريت، أبْلِغي زيدَ بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع النبي ﷺ إنْ لم يَتُب، قالت: فماذا أصنع؟ قالت: قال الله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ﴾ [البقرة: 275][3].

والتعلُّق بهذا الخبر مِن وجوه:

أحدها: أنَّ القياس لا يدلُّ على منع هذا البيع؛ فلم يبق إلا أنْ تكون قالت ذلك توقيفا، أو لأنه ذريعة عندها إلى الرِّبا.

والثاني: أنها غلَّظت الأمر فيه تغليظا لا يكون مثله في مسائل الاجتهاد، فدلَّ ذلك على أنه توقيف، وأنه عندها مِن أبواب الربا.

والثالث: أنه عندها ربا، واستشهدت بقوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾، وقد ثبت أنَّ ذلك ليس بربا مِن حيث اللغة؛ فلم يبق إلا أنْ يكون ربا شرعيا.

فإنْ قالوا: فمذهبكم أنه ذريعة إلى الرِّبا وليس بربا.

---

(1) في (ع): (أبي العالية)، والمثبت من مصادر التخريج.

(2) في (ع): (بن زيد)، والمثبت من مصادر التخريج.

(3) أخرجه عبد الرزاق (14812)، والدارقطني (3002)، والبيهقي في الكبرى (10799)، قال ابن عبد الهادي في التنقيح (4/ 70): «هذا إسناد جيد، وقول الدارقطني في العالية: مجهولة لا يحتجُّ بها؛ فيه نظرٌ، وقد خالفه غيره».

قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أنَّ ما قَوِي التذرُّع فيه إلى الأمر الممنوع سمِّي باسمه، وأجري عليه حكمه.

والآخر: أنه لا يمتنع أنْ يكون اعتقدت أنه ربا، إلا أنَّ الغرض منعُ ذلك وفساده إنْ وقع، وهذا حاصل.

وقد اعترضوا على هذا الخبر مِن وجوه؛ فقالوا:

إنَّ طريقه ضعيف؛ لأنَّ مَن رواه عن عائشة مجهول، وهذا غير صحيح؛ لأنَّ [العالية راويته][1] عن عائشة؛ وهي معروفة[2]، وذكر الطحاوي أنها امرأة أبي إسحاق السَّبيعي، وكان لها ابنان فقيهان، وروى عنها أفاضل التابعين مثل مجاهد والشعبي وأبي [بردة][3] وغيرهم.

ومنها: أنْ قالوا: يحتمل أنْ يكون قالت ذلك؛ لأنَّ البيع كان للعطاء، وذلك أجل مجهول.

وذلك باطل مِن وجوه:

أحدها: أنَّ البيع للعطاء جائز عندها، كذلك إلى الجداد والصِّرام وكل

---

(1) في (ع): (أمر العالية روايته).

(2) قال الدارقطني وابن عبد البر وابن حزم: مجهولة. وقال ابن الجوزي في التحقيق (2/ 184): «قالوا: العالية امرأة مجهولة، فلا يُقبل خبرها. قلنا: بل هي امرأة جليلة القدر معروفة، ذكرها محمَّد بن سعد في كتاب الطبقات» اهـ. وينظر: التمهيد (18/ 20)، والمحلى (1/ 240)، وتنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (4/ 69-70)، ونصب الراية للزيلعي (4/ 15-16).

(3) في (ع): (برة)، والمثبت من كتب التراجم.

وقت جرت العادة بوقوع فعل فيه لا يختلف غالبًا، فلا يُقبل منهم حمل الخبر على تأويلٍ لا يصحُّ على أصلنا.

والثاني: أنَّ عائشة كانت تذهب إلى جواز البيع إلى العطاء؛ فكيف تتوعَّد [على][1] أمر تذهب إلى جوازه وصحَّته، وذلك يوجب أنْ تكون موعدة لنفسها، وذلك باطل.

والثالث: أنَّ الصحابة قد تكلمت في البيع إلى العطاء، ولم ترو عائشة فيه شيئا، ولا ذكرت الوعيد عنده، وإنما ذكرته في قصة زيد فقط، فدلَّ على أنه لم يكن لأجْل الأجَل.

والرابع: أنها قد بيَّنت جهة منعه، وأنه ما يتعلق بالربا لمَّا استشهدت بقوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: 275].

فدلَّ على بطلان ما قالوه.

ومنها: أنْ قالوا: أكثر ما في هذا أنَّ عائشة كانت مخالفة لزيد بن أرقم، وخلاف بعض الصحابة ليس بحجَّة على بعض.

والجواب عن هذا: أنَّ احتجاجنا ليس هو بنفس مذهب عائشة، وإنما هو بإثباتها إيَّاه رِبًا، وإخبارها بأنَّ الوعيد مستحقٌّ عليه، فإنَّ ذلك لا يكون إلا توقيفًا، لا اجتهادا.

وقالوا على هذا: لا يمتنع أنْ يكون قالته اجتهادا؛ لأنَّ الصحابة قد كانوا يطلقون ذلك فيما طريقه الاجتهاد:

---

(1) في (ع): (إلى)، والمثبت من الجامع لابن يونس (12/ 652) نقلا عن المصنف.

نحو قول ابن عباس في العَوْل[1]: «مَن شاء باهلتُه أنَّ الذي أحصى رمل عالِج[2] عددا لم يجعل في المال نصفين وثُلثا»[3].

وقوله في توريث الإخوة مع الجد: «ألا يتَّقي الله زيدُ بن ثابت يجعل ابنَ الابن ابنا، [و/ 310] ولا يجعل أبَ الأب أبًا»[4].

وكقول عمر -رضي الله عنه-: «مَن أحبَّ أنْ يتقحَّم جَراثيم[5] جهنَّم فليقض بين الجدِّ والإخوة»[6].

وقوله في نكاح السِّر: «لو كنتُ تقدَّمت في مثل هذا لرَجَمْتُ»[7].

وإذا كان الأمر كذلك؛ لم يمتنع أنْ تكون عائشة قالت ذلك مِن طريق الاجتهاد.

فالجواب: أنه إذا أمكن حمل قولِ الصحابة على وجهٍ صحيح وأمرٍ

(1) العول لغة: الميل إلى الجور في الحكم، وفي الاصطلاح: زيادة في أصل المسألة، ونقصان من مقادير الأنصبة. لسان العرب (11/ 481)، التعريفات (ص: 159).

(2) رمل عالج: جبال متواصلة يتصل أعلاها بالدهناء -والدهناء بقرب اليمامة- وأسفلها بنجد، ويتسع اتساعا كثيرا حتى قال البكري: رمل عالج يحيط بأكثر أرض العرب. المصباح المنير (علج).

(3) رواه سعيد بن منصور في سننه (1/ 61)، وعبد الرزاق في المصنف (19022).

(4) ذكره ابن المنذر في الأوسط (7/ 446)، وابن عبد البر في جامع بيان العلم (1845) دون إسناد.

(5) تقَحَّم الشيء: إذا رمى نفسَه فيه من غير رَوِيَّة وتثبُّت، والجرثومة: أصل شيء ومجتمعه. النهاية (قحم)، تاج العروس (جرثم).

(6) رواه عبد الرزاق في المصنف (19048) وابن أبي شيبة في المصنف (31917) عن علي موقوفا، ورواه بنحوه عبد الرزاق (19047) عن ابن عمر موقوفا.

(7) رواه مالك في الموطأ (1960).

ممكن لم يَجُز العدول عن ذلك إلى حمله على وجهٍ فاسد، واعتقاد تخطئته وتغليطه؛ لأنَّ ذلك [ينافي][1] ما هم عليه مِن العدالة، ويوجب سوء الظنِّ بهم، وتهمتهم فيما ينقلونه ويفتون به، وذلك ممنوعٌ اعتقاده فيهم.

وإذا كان الأمر كذلك؛ فبطل ما قالوه.

وأمَّا ما ذكروه عن الصحابة فلا يشبه مسألتنا، ولا يمنع طريقه الاجتهاد فيه.

أمَّا إنكار ابن عباس العَوْل فإنما هو على مَن ادَّعاه نصًّا، ولعمري إنَّ ذلك غير منصوص عليه، وإنما هو مستخرج بالأدلة.

ثم قوله: «مَن شاء باهَلْتُه» إنما هو إرهاب وإكبار للإقدام على ذلك، وذلك يدلُّ على ثقته باجتهاده وقوَّته في نفسه، وله وجه [كامل][2] من النظر يمكن أنْ يكون [صار][3] إليه مِن جهته.

وليس هذا مِن التسمية للفعل بأنه ربًا، والإخبار بإبطال الفعل والجهاد؛ لأنَّ ذلك أمر لا يحتمل الاجتهاد؛ لأنه لا يجوز أنْ تقول: «أعلِمْه أنه قد أبطل جهادَه باعتقادي أنه قد أتى محظورا»، وهذا أمر يتعلق بالتفسيق والخروج عن العدالة.

وقوله: «ألا يتَّقي الله زيد بن ثابت»؛ مبالغة في الحثِّ على الاجتهاد

---

(1) في (ع): (بناء في)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (كا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (صا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ومراجعة النظر، وأنه لم يضع القياس في حقِّه لمَّا جعل ابنَ الابن ابنًا، ومنع أنْ يكون أب الأب أبًا، وقضية النظر توجب ذلك، ومثل هذا جائز في الاجتهاد كقول بعضنا لبعض: «اتَّق الله، وأنصف مِن نفسك، ولا تتعصَّب لمذهبك».

وأمَّا قول عمر: «مَن أحبَّ أنْ يتقحَّم جراثيم جهنَّم فليقض بين الجدِّ والإخوة»؛ فإنما هو إخبارٌ عن صعوبة الاجتهاد فيه، وإشكال النظر فيه، وأنه أمرٌ يجب أنْ يُهابَ الإقدامُ وتُحذرَ العجلةُ فيه، وليس ذلك مِن التوعُّد بسبيل.

وكذلك الرَّجم في نكاح السرِّ؛ إنما هو سياسة وإرهاب بإظهار العقوبة ليَجتنِب الناس فعله.

وكل هذا غير مشبِه لمَا نحن فيه، وإنما أرادوا بذِكْر هذا تطويلَ الكلام فقط، وبنسبتنا -متى تركنا الأجوبة على كل ما أوردوه- إلى العجز عن الانفصال عنه.

وقالوا: يحتمل أنْ يكون منع عائشة لفظ عامٌّ، ومذهبنا منع التخصيص بالقياس.

وهذا أيضًا لا يصح؛ لأنَّ مانع تخصيص العموم بالقياس لا يفسِّق مَن صار إلى تخصيصه ولا يضلِّله.

وعلى أنَّ تخصيص العموم بالقياس عندنا إجماع مِن الصحابة.

وقالوا: لمَّا لم يكن الوعيد ثابتًا بهذا الخبر بطل تعلُّقكم به؛ لأنه يوجب

إثبات الوعيد بغلبة الظنِّ.

وهذا أيضًا باطل؛ لأنَّ خبر الواحد إذا تعلَّق به أمران؛ أحدهما مِن جهة العلم، والآخر مِن جهة العمل استعملناه فيما هو موضوع له، ولم نتركه لأنه لم يستعمل فيما لم يوضع له.

وأقلُّ أحوال الوعيد إذا لم نثبته بالخبر قطعا أنْ يفيد القطع من هذا الفعل، وتحريمه والزجر عن إيقاعه، وهذا مِن العمل الذي يجب بخبر الواحد.

وقالوا: في الخبر الوعيد على البيع الأول والثاني، وباتِّفاقنا أنَّ الأول جائز، وإنما الخلاف في الثاني.

فقلنا: إنَّ الأول إذا كان يُتذرَّع به إلى الثاني الممنوع جاز أنْ يتعلق به المنع، ويكون ذلك مضمَرا في الوعيد.

وقالوا: كل مَن أفسد العقد الثاني جعل لهما ثمان مائة [و/311] درهم، وفي الخبر ست مائة.

وهذا أيضًا لا يلزم؛ لأنَّ في الخبر أنَّ لها رأس المال، وذلك هو الثمان مائة.

وعلى أنَّ أكثر ما في هذا أنْ يكون تركا لبعض موجب الخبر، وذلك لا يدلُّ على وجوب ترك باقيه.

هذا عُمد ما يوردونه على الخبر، وما يذكرونه مِن الأقيسة المقتضية لجواز البيع مسلَّم لهم، إلا أنَّ تركه واجب لمَا هو أقوى منه، وهو ما بيَّناه مِن وجوب القول بالذرائع.

والقول بالذرائع أصلٌ في نفسه مقدَّم على القياس، كمَا أنَّ القياس أصل في نفسه مقدَّم عليه، ولكل واحدٍ فروع مبنية عليه ومردودة إليه، ولا يجوز أنْ نبطل الأصول بعضها ببعض.

واحتجَّ مَن خالفنا:

بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29]، وهذا يتناوله اسم «تجارة»؛ فوجب جوازه.

والجواب: أنَّ أول الكلام شاهد لنا؛ [لأنَّه][1] منعَ أكل الباطل؛ وهو أخذ مال الغير بغير عِوض يحصل له في مقابلته، ولا على وجه الهبة، وهذه الزيادة الحاصلة [في][2] البيعتين مِن ذلك؛ لأنه ليس في مقابلتها عِوض يستحق، وإنما هو توصُّل إلى أخذ زيادة على المال المقترَض.

واستثناؤه التجارة لا يتناول مسألتنا؛ لأنَّ هذا ليس بتجارة في العادة، ولا البيع على هذا الوجه معتاد في التجارات.

وليس الاعتبار بما يسمِّيانه، وإنما الاعتبار بالقصد في مثل هذه الأمور في العادة.

واحتجَّ الماوردي بقوله ﷺ: «إذا اختلفَ الجنسانِ فبيعوا كيف شئتُم»[3] ولم يفرِّق[4].

---

(1) في (ع): (لأن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) أخرجه مسلم (1587) من حديث عبادة بن الصامت، وفيه: «الأصناف» بدل «الجنسان».

(4) الحاوي الكبير (5/ 6).

وهذا النوع مِن الاحتجاج لا يصحُّ في مثل هذا الموضع؛ لأنَّ هذا يؤثِّر فيما كان المنع مِن جهته راجعا إلى اختلاف الجنس واتِّفاقه، ونحن لم نمنع ذلك لهذا المعنى؛ فبطل ما قالوه.

قالوا: ولأنَّ السلعة إذا لم يتقدَّر ثمنها مع غير بائعها لم يتقدَّر مع بائعها؛ أصله: إذا كان بعد نقد الثَّمن.

فالجواب: أنَّ منع غير بائعها ليس فيه ذريعةٌ إلى ذلك، وبيع بائعها فيه ذريعة إلى ذلك، وهذا ممنوع.

وأمَّا إذا قبض الثمن؛ فهذا بيع بنقد، فليس فيه ذريعة إلى الربا، وذلك أني إذا بعتُ سلعة بألف وقبضتها، ثم ابتعتها بخمس مائة؛ فليس في هذا تهمة، ولا أني وزنت خمس مائة لآخذ بعدها زيادة عليها، وإنما تقع التهمة مع النَّساء.

وعلى أنه قد يجوز مع غير البائع ما لا يجوز مع البائع، كالإقالة هي عندنا بيع، ويجوز البيع مع غير البائع بما شاء، ولا يجوز مِن البائع إلا بمثل رأس المال مِن غير تأخير.

قالوا: ولأنَّ كل عقدَيْن لا يحرم التَّفاضل فيهما فإنَّ تقدير الثمن فيهما إلى المتبايعين؛ كالعقد الأول.

والمعنى في العقد الأول أنه ليس فيه ذريعة إلى الربا، وهذا فيه ذريعة إلى الرِّبا على ما بيَّناه، وبالله التوفيق.

فصل:

إذا ثبت منعُ ذلك؛ عُدنا إلى تفصيل المسألة فقلنا:

صورتها أنْ يبيع رجلٌ مِن رجل سلعةً بمائة دينار إلى شهر، ثم يعود فيبتاعها منه، فالقسمة في هذا ترجع تارة إلى الأجل وتارة إلى الثمن.

فإذا قسمناها على الثمن؛ فلا يخلو مِن ثلاثة أحوال:

إمَّا أنْ يبتاعها بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر.

فإنِ ابتاعها بمثل الثمن؛ فذلك جائز، سواء كان ذلك نقدًا أو إلى أبعد منه [أو][1] أقرب؛ لأنه ليس في ذلك تهمة؛ لأنَّ البائع وزن درهما وأخذ [و/ 312] مثلَه فلم يستفضل شيئًا.

وإنِ ابتاعها بأقل مِن الثمن؛ [كأنْ][2] باعها بمائة دينار إلى شهر، ثم ابتاعها بتسعين؛ فلا يخلو أنْ يكون ذلك نقدًا أو إلى أجل دون الشهر، أو إلى الشهر بعينه، أو إلى أبعد منه:

ولا يجوز ذلك في النقد؛ لأنه إذا ابتاعها نقدا أو إلى أجل دون الأجل حصل منه أنه وزن تسعين وأخذ بعد شهر مائة، وهذه مسألتنا التي مضت.

ويجوز إلى أبعد مِن الشهر؛ لأنه يحصل منه أنَّ المشتري الأول وَزَن مائة وأخذ بعد شهر تسعين؛ [وليس][3] في ذلك تهمة، ولا استفضال، ولا ذريعة إلى الربا.

---

(1) في (ع): (و)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (كأنه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) زيادة يقتضيها السياق.

وأمَّا إلى الأجل؛ فجائز أيضًا لانتفاء التهمة فيه.

فحصل أنَّ الابتياع مِن البائع لها بأقل مِن الثمن:

يجوز في الأجل وزيادة عليه، ولا يجوز فيما دونه.[1]

وأمَّا إنِ ابتاعها بأكثر مِن الثمن؛ فإنْ كان نقدًا أو إلى أجل دون الأجل أو إلى الأجل بعينه فجائز؛ لأنَّ كل هذا لا تهمة فيه، لأنه إنْ كان نقدًا أو إلى أجل دون الأجل فإنما وَزَن مائة وعشرين وأخذ إلى شهر مائة، وكذلك إلى الأجل؛ وَزَن للوقت مائتين وأخذ مائة، ولا تهمة في ذلك.

فإنْ كان إلى أبعد مِن الأجل؛ فلا يجوز، لأنَّ محصوله أنَّ المشتري الأول وزن وأخذ بعد شهر مائة وعشرين، وذلك بمثابة البائع إذا اشتراها نقدا بأقل مِن الثمن.

وأمَّا التقسيم الآخر على الآجال؛ فهو أنْ نقول:

لا يخلو البائع أنْ يبتاعها إلى دون الأجل، أو زيادة عليه، أو إلى الأجل بعينه.

فإنْ كان نقدا إلى الأجل أو ما دون الأجل؛ فلا يخلو أن يكون بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر.

فإنْ كان بمثل الثمن أو بأكثر فجائز.

وإنْ كان بأقل فلا يجوز.

---

(1) في (ع) في هذا الموضع: (وأمَّا إنِ ابتاعها بأكثر مِن الثمن يجوز في الأجل وزيادة عليه، ولا يجوز فيما دونه)، ولعله خلط وانتقال بصر بين عبارات سبقت وأخرى ستأتي، والأليق بالسياق حذفها.

وإنْ كان إلى أبعد مِن الأجل؛ فاعكسه.

وهو أنه إنْ كان بمثل الثمن؛ جاز.

وإنْ كان بأكثر؛ فلا يجوز.

وإنْ كان بأقل؛ فيجوز.

وإنْ كان إلى الأجل نفسه؛ فيجوز على كل وجهٍ، لانتفاء التهمة.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا بأسَ بشِرَاءِ الجُزَافِ فيما يوزَنُ أو يُكالُ؛ سِوَى الدَّنانيرِ أو الدَّراهمِ ما كان مَسْكُوكًا، وأمَّا نِقَارُ الذَّهبِ والفِضَّةِ فذلك فيهما جائزٌ، ولا يجوز شِراءُ الرَّقِيقِ والثِّيابِ جُزافًا، ولا ما يُمكِنُ عددُه [بلا مشقَّة][1] جزافًا).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

أمَّا شراء الطعام وغيره ممَّا يُكال أو يوزن جزافا، وكذلك ما يعدُّ ممَّا يشق عليه [عدُّه][2] كالجَوز والباذنجان وغيره؛ فالأصل فيه:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275].

ورُوي أنه ﷺ أرخص في بيع الطعام مجازفة[3].

---

(1) زيادة من متن «الرسالة».

(2) زيادة يقتضيها السياق، وينظر: الإشراف (2/ 572).

(3) أخرجه بنحوه البخاري (2137)، ومسلم (1527) من حديث ابن عمر.

وللإجماع على [جواز][1] بيع صُبرة حنطة جُزافًا، وكذلك بيع مقدار مِن اللوز والجوز وغيره.

ولأنَّ المشقة في الكيل والوزن تلحق وتعم البلوى به [وتكثر][2]، والغَرر فيه يقل؛ فجاز بيعه جزافا للرِّفق فيه.

فأمَّا الرَّقيق والغنم وغير ذلك؛ فلا يجوز بيعه جزافا لعدم هذه المعاني فيه، وذلك أنَّ عدده لا يشق؛ فليس فيه رفق؛ لأنَّ فيه غررًا عظيمًا وخطرًا كبيرًا، فلم يَجُز.

فأمَّا نِقار[3] الذهب والفضة فيجوز بيعها جزافًا، ولا يجوز ذلك في المَسكوك.

هذا الذي نعرفه مِن قول أصحابنا.

وشيخنا **أبو الحسن علي بن عمر بن القصَّار القاضي** -رحمه الله- كان يقول: إنَّ ذلك عندي على الكراهة لا على التحريم[4].

وهذا قول أبي حنيفة والشافعي[5]، أعني: جوازه.

فأمَّا الكراهة فلا أحفظ عنهما فيها شيئًا.

---

(1) في (ع): (ار)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني (5/ 206) نقلا عن المصنف.

(2) في (ع): (تكثير)، ولعل المثبت أنسب للمعنى.

(3) النِّقار: جمع نُقرة: القطعة المذابة من الذهب والفضة. وقيل: هو ما سبك مجتمعا منهما. تاج العروس (نقر).

(4) ينظر: التبصرة (6/ 2844)، وروضة المستبين (2/ 955).

(5) التجريد للقدوري (5/ 2432)، الحاوي الكبير (5/ 226).

وظاهر المذهب منع ذلك تحريما لا كراهة، والذي [و/313] يدلُّ عليه: أنَّ ذلك غَرر، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغَرر[1].

فإنْ قيل: بيِّنوا أنه غَرر.

قيل: أصل الجزاف غَرر؛ لأنَّ البائع والمشتري يدخلان على جهالة؛ لأنَّ البائع لا يعلم مقدار كيل ما باعه ولا وزنه، وكذلك المشتري لا يعلم قَدْر كيل ما اشتراه ولا وزنه، وكل هذا غَرر؛ إلا أنه جُوِّز في الطعام وغيره للمشقة، فوجب أنْ يجوز منه القدر الذي دلَّ عليه الدليل، وما عداه يبقى على أصل المنع.

وأيضًا فإنَّ ما له بال وخطر لا يشقُّ عدده ولا وزنه، فإنَّ بيعه لا يجوز جزافا؛ أصله: الرَّقيق والثياب.

ولا ينتقض بالنِّقار وبالتِّبر[2] والحلي؛ لأنَّ المشقة تلحق في ذلك:

أمَّا الحلي؛ فقد يكون فيه الحشو والجوهر؛ فلا يمكن وزنه إلا بكسره أو بإزالة ما عليه، وذلك مشاقٌّ؛ لأنَّ فيه إتلافَ قيمة الصناعة وخروجه عن بابه.

وأمَّا النِّقار والتِّبر؛ فإنه يجريان مجرى الحلي؛ لأنَّ الناس لم تَجر عادتهم بالتشاحح فيها كتشاححهم في المضروب، ولا التعامل جارٍ بها كالمضروب، وكذلك فربما كانت بحيث لا يضبطها الصنج التي جرت العادةُ بأنْ يكون في موازين التجَّار، فيحتاج إلى تكلُّف ذلك.

---

(1) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

(2) التِّبر: ما كان من الذهب غير مضروب، وبعضهم يقوله للفضة أيضًا. مختار الصحاح (تبر).

وليس كذلك الدراهم والدنانير؛ لأنَّ التعامل جارٍ بها والمتلفات مقوَّمة بها، والتشاح فيها شديد متضيق أكثر منه في تِبرهما، وعددها يخف ويسهل، ولا تلحق فيه مشقَّة.

فإنْ قيل: فقد قال ﷺ: «بيعوا الذهبَ بالفضة كيف شئتم»[1].

قلنا: معناه: ما لم يكن غررًا، ولا مؤدِّيًا إلى وجه مِن وجوه المنع.

فإنْ قيل: لمَّا كان التفاضل جائز بين الذهب والفضة جاز بيع بعضه ببعض جزافا؛ قياسا على سائر العُروض.

قلنا: ينتقض بالرَّقيق والغنم، والذهب والثياب.

فإنْ قيل: كل جنسٍ جاز بيع مَصوغه جزافًا جاز بيع جنسه جزافًا؛ كالصُّفر والحديد.

قلنا: المعنى فيه أنه لا يتشاح فيه، ولا جرت عادة بالتعامل به.

وقد قال أصحابنا: إنْ جرت عادة بالتعامل بالتِّبر والذهب المكسور حتى يصير أثمانًا للأشياء وقِيَمًا للمتلفات على ما هو عليه، وتَرَكَ الناس التعامل بالمضروب؛ لم يجز بيعه جزافًا، والله أعلم.

فصل:

في بيع الصُّبَر والجُزاف، مسائل رأينا ذكرها في هذا الموضع[2]:

(1) أخرجه البخاري (2175)، ومسلم (1590) من حديث أبي بكرة.

(2) قال الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 209): «ذكر عبد الوهاب في بيع الجزاف عشرين مسألة في هذا الموضع، فرأينا أن نذكرها مختصرة ملخصة، إذ الباب محتاج إلى معرفتها أو معرفة أكثرها ...»، ثم ساقها بلفظها غالبا، ومختصرة في بعض المواضع.

المسألة الأولى: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة بدينار»، وأشار إلى صُبرة بعينها حاضرة مرئية؛ فإنَّ البيع جائز، لأنَّ الثمن معلوم والمثمنَ معلوم؛ لأنَّ الصُّبرة معلومة بالمشاهدة، والثمنَ معلوم بالمقدار.

ولأنَّ في منع ذلك مشقة؛ لأنَّا لو كلَّفنا البائع أنْ يكيلها وينشرها حتى يشهد المشتري جميع أجزائها لَلَحِق في ذلك مشقَّة، فجاز بيعها على ما هي عليه للرِّفق في ذلك.

فإنْ قيل: ما الفرق بين هذا وبين الثياب، لمَّا قلتم لا يجوز بيعها مطوية إلا أنْ تنشر وتقلب، ولم تكتفوا بمشاهدة ظاهره.

قلنا: الفرق بينهما مِن وجهين:

أحدهما: أنَّ الغَرر يكثر فيه؛ لأنَّ أجزاءه تختلف في العادة، فيكون بعضه أرَقَّ وبعضه أصفقَ وأكثر قيمة، فلا يمكن أنْ يستدلَّ على باطنه بظاهره لاختلاف ذلك في العادة.

وليس كذلك الصُّبرة؛ لأنَّ ظاهرها يدلُّ على باطنها؛ لأنها متساوية في العادة، وبذلك جرت عادة الناس [و/ 314] في الأُنْمُوذج[1].

والثاني: أنَّ الصُّبرة إذا شوهدت حُزرت وعُرف مقدار كيلها بالحَزْر[2]، ودلَّ ظاهرها على باطنها، وليس كذلك الثوب المطوي؛ لأنه لا يُحزر ذرعه مِن مقدار حجمه، واختلاف الذرع غَرر في الجُزاف.

---

(1) الأنموذج: مثال الشيء الذي يعمل عليه، وهو تعريب (نموذه). المصباح المنير (نمذج).

(2) الحَزْر: التقدير والخَرْص. الصحاح (حزر).

فرع:

إذا ثبت ما ذكرناه؛ فإنْ خرج باطن الصُّبرة مثل ظاهرها، وكانت على مستوى مِن الأرض، فإنَّ البيع يلزم ويصحُّ فيها؛ لأنها على الصفة التي شاهدها ودخل عليها، ولا خيار للمشتري.

وإنْ خرج في باطنها عيب؛ مثل أنْ يكون رديًّا، أو مِن صنف دون صنف ظاهرها، أو مشعرة[1] أو مبلولة أو عفِنة أو [مغشوشة][2]، أو كانت على دَكَّة[3] أو ما أشبه ذلك؛ فإنَّ المشتري بالخيار، لأنَّ هذه عيوب تدخل الضرر عليه.

المسألة الثانية: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة؛ كل قفيزٍ بدرهم» أو «كل إردَبٍّ»[4].

قال مالك -رحمه الله-: «البيعُ صحيح، ويلزم في جميعه»[5].

وبه قال الشافعي -رحمه الله-[6].

وقال أبو حنيفة: يلزم في قفيز واحد أو إِردَبٍّ واحد، ولا يلزم في باقيه[7].

---

(1) لعلها: أي تكون مبَطَّنة بالشعر ليكبر حجمها.

(2) في (ع): (مغشوة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) الدكة: المكان المرتفع يُجلس عليه. المصباح المنير (دكك).

(4) الإردبّ: كَيْل كبير لأهل مصر، يُستَعمل لتقدير الحبوب، يسع أربعة وعشرين صاعا، ويزن مائة وخمسين كيلو غراما. المصباح المنير (ردب)، معجم لغة الفقهاء (ص: 54).

(5) تهذيب المدونة (3/ 192).

(6) الحاوي الكبير (5/ 321).

(7) شرح مختصر الطحاوي (3/ 61).

واعتلَّ أصحابه [في][1] ذلك بأنْ قالوا: لو لزم البيع في جميعها لكان الثمن مجهولًا؛ لأنَّ الثمن إنما يكون معلومًا بأحد وجهين:

إمَّا بأنْ يكون مقدَّرًا في نفسه؛ مثل أنْ يقول: «بدينار» أو «درهم» أو ما أشبه ذلك.

أو أنْ يحال على جملة مقدَّرة؛ مثل أنْ يقول: «بعتُك هذا الكُرَّ أو القفيز بدرهم».

وكل هذا معدوم في مسألتنا إلا قدر ما قابل الدرهم وهو القفيز؛ فإنه يلزم البيع فيه، للعلم بمقدار الثمن والمثمن.

قالوا: ولأنَّ ذلك بمنزلة أنْ يقول: «بعتُك بسعر ما يبيع به فلان»، أو «يَقطع به السوق»؛ لأنَّ ذلك مجهول غير معلوم.

وهذا ليس بصحيح، ودليلنا:

أنَّ الثمن والمثمن معلومان؛ لأنَّ البيع معلوم بالمشاهدة، والثمن معلوم بالمقدار، فصحَّ ذلك؛ أصله: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة بعشرة دنانير».

وليس يَضِير أنْ لا يعلم في الحال كم جملة الثمن؛ لأنه معلوم له في الجملة بحساب التقسيط.

وبهذا يبطل سؤالهم: أنَّ الثمن مجهول لأنه لم يُحِلْ به على مقدَّر؛ لأنه قد أحال به على تفصيل مقدَّر؛ إذا جَمَلَه عُرف بالتفصيل ما هو معلوم له بالجملة.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

ويبطل ما قالوه بما يتَّفق عليه مِن أنه لو اشترى منه ثيابًا معلومةً قد قلبها وأخبر بشرائها وأنه ألف درهم مبتاعها مرابحة لكل درهم قيراط، لا اختلاف بيننا أنَّ هذا البيع صحيح، وإنْ لم يعلم البائع كم حصل له في الحال؛ لأنه إذا حسب ذلك عرفه فهو معلوم له في الجملة، وإنما تأخَّر العلم بتفصيله.

فأمَّا إذا باع بسعر ما [يبيع][1] فلان فإنَّ البيع يبطل؛ لأنَّ ما [يبيع] به فلان غير معلوم في جملة ولا تفصيل.

وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه معلوم له في الجملة، لأنه إذا قيل له: «بكم حَصَلت عليك هذه الصُّبرة؟» فقال: «مقدار ما فيها مِن القُفزان أو الأرادِب دراهم»، فهذه جملة معلومة بإحالتها على جملة معلومة.

المسألة الثالثة: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة؛ كل قفيزين بدرهم، أو هذه الثياب كل ثوبين بدرهم، أو هؤلاء العبيد كل عبدين بدينار»؛ كان ذلك جائز، ويلزم في الجميع.

ومنع أبو حنيفة ذلك في الثياب والعبيد، وأجازه في الصُّبرة[2].

فدليلنا: أنه مثمن ومعلوم بثمن معلوم فجاز؛ أصله: إذا قال: كل ثوبٍ [بدرهم][3].

ولأنه مقدَّر بمقدار يثنَّى ويثلَّث؛ أصله: إذا باع كل قفيزين [و/ 315] بدرهم.

---

(1) في (ع): (يبع) في الموضعين.

(2) شرح مختصر الطحاوي (3/ 60).

(3) في (ع): (درهم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ولأنَّ ذلك معلوم في الجملة، كما لو قال: كل ذراعين بدرهم.

ولأنَّ على هذا جرى عمل المسلمين في كل الأعصار؛ أنْ يتبايعوا كل رطلين بدرهم وقفيزين بدرهم.

فإنْ قالوا: هذا يشبه بيعتين في بيعة ...

... [1] غير هذا، ويبطل بالصُّبرة.

فإنْ قالوا: يكون الثمن مجهولًا وغَررًا.

قلنا: ليس كذلك؛ لأنه معلوم في الجملة والتفصيل.

المسألة الرابعة: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة كل حفنة[2] بكذا»، فقدَّراها بمكيال لا يعرفه الناس في ذلك الموضع، أو قد تُرِك التعامل به، فاختلف مالك وأصحابه.

فقال مالك -رحمه الله-: لا يجوز، ويفسخ إنْ وقع إلا بموضع لا مكيال فيه، كمواضع الأعراب والبوادي وأشباه ذلك.

[و][3]قال أشهب: يكره، فإنْ نزل [لم يفسخ][4].

فوجه قول مالك -رحمه الله-: هو أنَّ ذلك يؤدِّي إلى الجهل بالثمن

---

(1) الظاهر أن في (ع) نقصا في هذا الموضع، يعلم من عدم ترابط الكلام.

(2) في شرح الرسالة للفاكهاني: (قفيز) بدل (حفنة)، وقد وردت (الحفنة) مهملة في النسخة الخطية، ويحتمل أن تكون (الجفنة) بالجيم، وكلاهما يصلح لموضع الشاهد، وإن كان حيث وردت (القصعة) فـ(الجفنة) أنسب، والله أعلم.

(3) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(4) في (ع): (فسخ)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

والمثمن؛ لأنَّ المكيال إذا كان لا يعرف كان تقديرهم به وعدولهم عن المكيال المعروف خطرا وقصدا إلى الغَرر، وذلك غير جائز.

ولأنه قد ثبت أنه لو قال: «بعتُك هذه الصُّبرة على أنَّ كل ما يسعه كمِّي أو حِجري بدرهم»؛ أنه لا يجوز، ولا يخرج بذلك عن الجهالة، لأنَّ مقدار ما يسعه كمُّه أو حجره غير معلوم، بل يحتاج إلى التقدير بغيره.

ولأنه يختلف فيزيد وينقص.

وكذلك [القصعة][1] أو الحفنة إذا لم يعلم مقدار ما تسع، [فلا][2] يجوز تقدير الثمن بها.

ولأنَّ كل مقدار لا يجوز به بيع بعض ذلك الجنس ببعض فإنه لا يجوز أنْ يجعل مقدارا لمعرفة الثمن؛ أصله: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة على أنَّ كل حمل جَملٍ بدينار».

ووجه قول أشهب -رحمه الله-: فلأنَّ الثمن مُسقَط[3] على مقدار يعلمانه مشاهدة؛ فوجب جوازه، أصله: إذا كان المكيال معروفًا.

ولأنه لا يضرُّ أنْ لا يعلم مقدار ما يصيب الثمن مِن المكيل؛ لأنَّ ذلك إنما يحتاج إليه في بيع الطعام بالطعام ليوجد شرط التماثل، فأمَّا إذا لم يكن بيع الطعام بجنسه فإنما الغرض حصولُ مقدارٍ مَا لِيُعلَم به مقدارُ الثَّمن، وهذا

---

(1) في (ع): (القطعة)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) في (ع): (ولا)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(3) في شرح الرسالة للفاكهاني: (مقسط).

معنى يوجب تساوي المقادير كلها.

والجواب عن هذا: أنَّ قوله: «إنه مقدار معلوم [كالمكيال][1] المعروف»؛ غير صحيح، لأنَّ [المكيال] المعروف مقدارٌ معلوم يعلم التماثل به، فلذلك جاز تقدير الثمن به، وليس كذلك القصعة والحفنة[2].

والجواب عن الفصل الثاني: أنَّ معرفة المكيال ليس يُراد للتماثل فقط، وإنما يراد لجواز البيع، ألا ترى أنَّ بيع الحنطة بالحنطة ابتداء وزنًا لا يجوز؛ لأنَّ أصلها الكيل.

المسألة الخامسة: قال ابن القاسم: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة ووَيْبَةً[3] أو جفنة بدرهم» [وأرَاه][4] الجفنة جاز، وأنكره سحنون[5].

وهذا القول مِن ابن القاسم بمعنى قول أشهب.

وقول سحنون يُخرَّج على قول مالك -رحمه الله-.

المسألة السادسة: إذا أشار إلى صُبرة بعينها فقال: «بعتُك ربعَها أو خمسَها بكذا وكذا درهم»؛ فإنَّ البيع صحيح.

نصَّ عليه أصحابنا: ابن القاسم وأصبغ وغيرهما.

وقال عبد الملك: لا يصحُّ.

(1) في (ع): (كالمكيل) والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) في شرح الرسالة للفاكهاني: (الجفنة).

(3) الوَيْبة: اثنان وعشرون أو أربعة وعشرون مدًّا. تاج العروس (ويب).

(4) في (ع): (وأراد)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(5) المدونة (3/ 115).

قال: لأنَّ أصل بيع الجُزاف غَررٌ، وإنما جُوِّز رفقًا في ترك الكيل، فإذا وضعا أمرَهما في التبايع على أن لابدَّ مِن الرجوع إلى الكيل فقد زال معنى الرِّفق.

ووجه الجواز: فلأنَّ المبيع معلوم بأنْ يُكال، فإذا عرف مقدارها دفع إلى المبتاع [و/ 316] الجزء المبيع منها.

المسألة السابعة: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة إلا ثلثها أو ربعها»، واستثنى جزءا؛ صحَّ المَبيع، لأنَّ ذلك بمنزلة قوله: «بعتُك ربعَها أو نصفها»؛ لأنَّ المستثنى معلومٌ والمُبقى معلوم.

وقال عبد الملك: لا يجوز، [واعتلَّ][1] بما ذكرناه عنه.

المسألة الثامنة: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة إلا قَفِيزًا أو إرْدَبًّا»؛ فإنَّ ذلك يجوز ما بينه وبين الثلث، فإذا زاد لم يَجز، بناء على [أن استثناء الكيل][2] بخلاف استثناء الجزء في المعلوم.

والفرق بينهما: أنه إذا استثنى الجزءَ المعلوم كالثلث والربع فإنه قد بقَّى معلومًا، فجاز في القليل والكثير.

وإذا استثنى كيلًا فإنما أجزناه للضرورة استحسانًا في القليل، فإذا كثر صار المبقى مجهولًا؛ فلم يَجز.

وقال عبد الملك: لا يجوز أنْ يستثنى مِن الصُّبرة الجُزاف شيئًا لا كيلًا ولا

---

(1) في (ع): (اعتل)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (الثمرة)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

جزءًا[1]، ورواه عن مالك.

وفرَّق بينه وبين الثمرة، لأنَّ [كيل الصبرة ممكن، فإذا عدل عن الكيل إلى الجزاف ثم استثنى ما يردها إلى الكيل علم منهما أنهما لم يقصدا الرفق، وإنما قصدا المخاطرة، وليس كذلك الثمرة لأن][2] كيلها وهي في رؤوس النخيل غير ممكن.

المسألة التاسعة: إذا قال: «بعتُك مِن هذه الصُّبرة عشرة أقفِزة بدينار، أو عشرةَ أقفزة كل قَفيز بدينار»؛ فالبيع صحيحٌ، لأنه باع أجزاءً معلومة مِن جملة معلومة بثمن معلوم، وهذا إذا كان في الصُّبرة ما يعلم أنه يَفي بالعشرة الأقفزة.

فإنْ لم يكن فيها ما يَفي بذلك نُظر:

فإنْ نقص نقصانًا كثيرًا فيجب أنْ يكون للمشتري الخيار إنْ شاء أجاز البيعَ وإنْ شاء ردَّه.

وإنْ نقص نقصانًا يسيرًا مثل القفيز أو نصف القفيز، فيجب أنْ يلزمه ولا خيار له.

كل هذا بناء على قوله فيمن ابتاع عِدلًا[3] على أنَّ فيه خمسين ثوبًا فنقص ثوبًا أو ثوبين؛ فإنَّ البيع لازم، ولو نقص نقصانًا كثيرًا كان له الخيار.

وقال أصحاب الشافعي: لا يصحُّ البيع؛ لأنه لا يتحقق وجود المَبيع[4].

---

(1) في شرح الرسالة للفاكهاني: (جزافا).

(2) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(3) العِدْل: أحد حِملي الجمل، وسمِّي عِدلاً لأنه يُسوَّى بالآخر بالكيل والوزن. العين (2/ 39).

(4) الحاوي الكبير (5/ 322).

وهذا غير صحيح؛ لأنَّ ذلك لا يمنع صحة البيع؛ لأنه إنْ وجده استوفاه وإنْ لم يجده كان على ما ذكرناه.

المسألة العاشرة: قال: فإنْ قيل: [هلا][1] قلتم: إنَّ البيع لا يصحُّ؛ وإنْ علم أنَّ فيها المقدار الذي ذكره، لأنَّ البائع قد يدفع إليه مِن موضع ويختار المبتاع أنْ يدفع إليه مِن غيره؟

فالجواب: أن الصُّبرة لا تخلو:

أنْ تكون نواحيها مختلفة، فيكون في ناحية منها طعام جيِّد، وفي الوسط رديء، وفي الجانب مغشوش.

أو أنْ يكون شيئًا واحدًا غير مختلف.

فإنْ كانت متَّفقة؛ فمِن أيِّ موضع دفع إليه جاز.

وإنْ كانت مختلفة؛ فعندي أنها تتخرَّج على روايتين:

إحداهما: لابدَّ أنْ يُعيِّن الجهة التي يبيعها منها، وإلا كان البيع مجهولًا؛ كقوله: «بعتُك مِن هذه الساحة عشرة أذرع».

والأخرى: أنه ينظر مقدار العشرة أقفزة مِن الصُّبرة كم هو؛ فإنْ كان النصف أو الثلث أعطي مِن كل موضعٍ بقسطه، بناء على قوله فيمَن قال لرجل: «بعتُك صُبرة مِن هذه الصُّبَر الثلاث» وهي مختلفة المقادير أنَّ البيع يصحُّ، ويلزم في ثلثها، فيكون له ثلث كل واحدة.

---

(1) في (ع): (هل)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

وكذلك في مسألتنا إذا قال: «بعتُك مِن هذه الصُّبرة عشرة أقفزة» ولم يبيِّن مِن أيِّ موضع باع، فإنَّ الإطلاق ينتظم كل ناحية منها.

المسألة الحادية عشر: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة على أنَّ فيها مائة إرْدَبٍّ» جاز؛ لأنَّ هذا ليس على وجه الشرط، وكأنه قال: «بعتُك منها مائة [317/و] إردَبٍّ».

فإنْ [نقص][1] منها كثيرًا أو قليلًا كان على ما ذكرناه.

المسألة الثانية عشر: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة على عشرة أرادب بدينار» على أنه يزيد على [جملتها][2] ثلاثة أرادب.

قال مالك: البيع باطل؛ لأنه لا يدري كم يُصيب كل دينار مِن الزيادة.

وفي المسألة تفصيل، وذلك أنه لا يخلو:

أنْ يكونا يَعلمان قدرَ كيلها.

أو لا يعلمان.

فإنْ كانا لا يَعلمان؛ فلا يخلو البائع أنْ يكون أراد بالزيادة الهبة أو البيع:

فإنْ أراد الهبة؛ فذلك باطل، لأنه باع شيئًا بشرط هبة شيء آخر، وذلك كبيعتين، ويؤدِّي إلى الجهل بالثمن.

وإنْ أراد البيع؛ فباطلٌ أيضًا بما قاله مالك -رحمه الله-؛ وهو أنه لا يدري مقدار كم يخص كل إردَبٍّ مِن الزيادة؛ لأنهما إذا لم يعلما قدرَ كيل الصُّبرة

(1) في (ع): (بعض)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) في (ع): (حملها)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

كان المبيع إردبًّا وشيئًا بدينار، وذلك يعود بالجهل بمقدار المبيع وبالثمن أيضًا، فلذلك لم يَجُز، والله أعلم.

المسألة الثالثة عشر:

وإنْ كانا يعلمان قدرَ كيلها؛ فيجب أنْ يجوز البيع، لأنه يعلم قدر ما يصيب كل إردبٍّ مِن الزيادة؛ لأنه إذا قال: «أبيعُك هذه الصُّبرة كل عشرة أرادب بدينار على أنْ أزيدَك عشرة أرادب على جملتها» وفيها مائة إردبٍّ، فمحصوله أنه باعه على حساب كل أحد عشر إردبًّا بدينار.

واللفظ قبيح، وهو كقوله: «بعتُك هذا الثوب بعشرة إلا خمسة»، فمحصوله أنه باعه بخمسة.

وإنما أجاب مالك -رحمه الله- على ظاهر الأمر، وهو أنهما لا يعلمان كيلها؛ لأنَّ اسم الصُّبرة في العادة لا يُعلم كيله.

ولأصحاب الشافعي وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز، قالوا: لأنَّ الأرادب المشترط زيادتها لا تُعلم مشاهدة ولا صفة، فقد يشتمل العقد على معلوم ومجهول.

وهذا لا معنى له، ولا يكون مسألة أيضًا، لأنَّ معنى ذلك إذا أراه الطعام أو وصفَه له، فأمَّا إذا أطلق؛ فلا يصحُّ لا في الصُّبرة ولا في غيرها[1].

المسألة الرابعة عشر: وهكذا إذا شرط نقصان أرادب:

---

(1) والوجه الثاني: قال الماوردي: فيه وجهٌ آخر لبعض أصحابنا أنَّ البيع يجوز في قفيز منها ويبطل فيما سواه. ينظر: الحاوي الكبير (5/ 321).

فإنْ علم قدرها؛ فالبيع جائز، لأنه يدري كم يصيب كل إردبٍّ مِن النقصان، وصورتها أنْ يقول: «بعتك هذه الصُّبرة كل عشرة أرادب بدينار، على أنْ أنقص مِن جملتها عشرين إردبًّا»، وهما يعلمان أنَّ قدر كيلها مائة إردَبٍّ، فمحصوله أنه باع ثمانية أرادب بدينار، واللفظ قبيح.

وإنْ لم يعلما؛ فلا يجوز، لأنَّ المبيع يصير مجهولا؛ لأنه لا يدرى ما يصيب كل دينار مِن النقصان، كما لا يدرى في المسألة الأُولى ما يصيب مِن الزيادة.

المسألة الخامسة عشر: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة كل إردبٍّ بدرهم على أنْ أزيدك إردبًّا أو أنقصك»، وقد وجب بأحدهما، فلا يجوز لمعنيين:

أحدهما: أنَّ المبيع مجهول؛ لأنه لا يدري هل يتناول العقدُ الزيادةَ أو النقصان.

والثاني: أنه مِن باب بيعتين في بيعة.

المسألة السادسة عشر: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة وقفيزًا مِن الأخرى بدرهم»، قال ابن القاسم: لا يجوز هذا؛ لأنه دخول في الخطر، لأنه جمعَ العقدُ بين جُزافٍ ومكيل، فلا يُدرى قسط المكيل مِن قسط الجُزاف.

ولأنه اشتراها منه فشرَط عليه أنْ يبيعه مِن الأخرى، وذلك يؤدِّي إلى الخطر والجهل بالثمن.

ولا يلزم عليه إذا باعه [و/318] هذه الصُّبرة وقفيزًا آخر بدينار؛ لأنه لم يعلق

إحدى الصُّبرتين بالأخرى؛ فيكون ابتياعه إحداهما لأجل أنه يبيعه مِن الأخرى.

المسألة السابعة عشر: قال ابن القاسم: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرةَ الحنطة وهذه الصُّبرة الشعير معًا على [أنَّ][1] كلَّ قفيز بدينار»؛ فلا يصحُّ[2]، وهذا لأنه يصير الثمن مجهولًا؛ لأنَّ ذلك يتقسط على القيمة، ولا يعلم قسط الحنطة مِن قسط الشعير.

ولأنَّ فيه ضربًا مِن الخطر، وهو أنه اشترى إحداهما لأجل ضمِّ الأخرى إليه؛ فصار في معنى التفاضل، وفي معنى بيعتين في بيعة.

المسألة الثامنة عشر: إذا قال: «بعتُك هذه الصبرةَ بعشرة دنانير على أنْ تبيعني مِن صُبرةٍ أخرى شعيرًا بدينارين»؛ فلا يجوز، [وكذلك على أن يبيعه من صبرة شعيرا بدينار فلا يجوز][3]؛ لأنه يؤدِّي إلى الجهل بالثمن؛ لأنه يحصل الثمن للأول، وهي الدنانير التي ذكرها وبيع الأخرى، فإذا لم يبعه لم يعلم مقدار ما فات مِن الثمن، فيصير مجهولًا.

ولأنَّ فيه ضربًا مِن الخطر، وهو أنه دخل في شراء أحدهما لاشتراطه الأخرى، وذلك غَرر، وفيه معنى بيعتين في بيعة.

المسألة التاسعة عشر: قال مالك -رحمه الله-: إذا قال: «بعتُك هذه الصُّبرة بكذا» والبائع يعلم كيلها؛ فلا يجوز حتى يبيِّنه للمبتاع، فإنْ لم يبيِّنه

---

(1) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) المدونة (4/ 205).

(3) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

فلا يجوز ذلك[1].

قال أبو حنيفة والشافعي: البيع جائز، ولا يلزم البائع أنْ يُعلمه[2].

قالوا: لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275].

ولأنه مبيع جزافا معلوم قدرُه بالمشاهدة؛ فجاز بيعُه كذلك، أصله: إذا لم يعلم قدرَ كيله.

ولأنَّ كل ما لو [أعلمه][3] البائع للمبتاع يصحُّ العقد معه؛ فكذلك يصحُّ وإنْ لم يعلمه، أصله: مقدار قيمة السلعة.

ودليلنا:

قوله ﷺ: «مَن غشَّنا فليس منَّا»[4] وهذا غشٌّ؛ لأنَّ المبتاع دخل على أنَّ البائع بمثابته في الجهل بمقدار المَبيع، فإذا كتمه البائع فقد غشَّه ودلَّس عليه؛ لأنه ليس معنى الغش والتدليس أكثر مِن أنْ يكتم البائع للمبتاع مِن أمر المَبيع خلاف ما دخل عليه.

وروى الأوزاعي مرسلا أنَّ النبي ﷺ قال: «مَن علم قدرَ كيلِ طعامٍ فلا يبيعه جُزافا حتى يبيِّن»[5]، وهذا نصٌّ.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات (6/ 74).

(2) مختصر القدوري (2/ 7)، الأم (3/ 75).

(3) في (ع): (علمه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) أخرجه مسلم (101) من حديث أبي هريرة.

(5) أخرجه عبد الرزاق (14602) عن الأوزاعي بلفظ: «لا يحل للرجل أن يبيع طعاما جزافا، قد علم كيله حتى يُعلم صاحبه».

ورُوي أنه ﷺ أرخص في بيع الطعام مجازفة[1].

و«المجازفة» مفاعلة، تقتضي أنْ تكون منهما جميعا، فإذا علمَه أحدهما وجهله الآخر خرج عن المجازفة.

ولنهيه ﷺ عن بيع الغَرر[2]، وهذا غَرر؛ لأنَّ المشتري لا يعلم مقدار مشتراه مع قدرة البائع على [إعلامه][3] ذلك مِن غير مشقَّة.

ولأنه باع جزافا ما يعلم قدر كيله فوجب ألا يجوز؛ أصله: إذا قال: «بعتُك مملوء[4] هذه الغِرَارة[5]، والبائع [يعلم][6] قدر ما تسعه، لا خلاف بيننا أنَّ ذلك لا يجوز.

فإنْ قيل: هذا لا يؤثِّر؛ لأنَّ البائع لو أعلمه قدر ما تسع لم يَجُز البيع.

قيل له: يجوز عندنا.

وإذا ثبت هذا؛ فالظاهر عامٌّ.

وقياسهم عليه إذا لم يعلم البائع قدرَ كيله، فالمعنى في أصله تساوي حالهما فيما لا يؤدِّي إلى الغَرر، وليس كذلك في مسألتنا.

---

(1) أخرجه بنحوه البخاري (2137)، ومسلم (1527) من حديث ابن عمر.

(2) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

(3) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(4) في شرح الرسالة للفاكهاني: (ملء).

(5) الغِرارة: بالكسر، الكيس الكبير من الصوف أو الشعر، تتخذ للحَبّ وللتبن، وجمعها: غرائر. مختار الصحاح (غرر)، المعجم الوسيط (2/ 648).

(6) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

واعتبارهم بقدر القيمة؛ غير صحيح، لأنَّ البائع إذا لم يُعلِم المشتري ذلك لم يؤدِّ ذلك إلى أمر ممنوع، لأنَّ معرفة الثمن أو القيمة ليست مشترطة كالعلم بمقدار [المبيع][1]، فليس في ترك ذلك غَرر.

ولأنَّ ذلك [و/ 319] أمرٌ ظاهر لا يحتاج المشتري فيه إلى البائع؛ لأنه يعلمه مِن غير جهته.

العشرون: إذا ثبت ذلك؛ فإنْ وقع العقدُ على هذا ولم يبيِّنه؛ فالمبتاع بالخيار، لأنه متعدٍّ عليه، لأنه عقدَ له على صفة، وكان الأمر بخلاف ما دخل عليه، وذلك أنه لمَّا رضي بالمجازفة، وهي أنَّ البائع مثلُه في الجهل بقدر الكيل، فإذا كتمَه البائع ذلك كان له الخيار؛ لأنه قد دلَّس عليه كما إذا كتمَه العيب كان له الخيار.

الحادي والعشرون[2]: فإنْ بيَّن له أنه يعلم قدر كيلها وقال: «لست أُعلمك»، وقال المشتري: «قد رضيت»، وعقدَا على ذلك؛ فلا يجوز عندنا، وذلك لأنهما قصدا بهذا [العقد][3] الخطرَ والغَرر، لأنَّ[4] بيع الجزاف ضربا مِن الغَرر أُجيز للرِّفق ولخوف المشقَّة بكثرة المُؤنة، فإذا كان البائع يعلم قدرَ

(1) في (ع): (البيع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) نقل هذه المسألة ابن يونس في الجامع (11/ 252) والصقلي في تهذيب الطالب [97/ ب-أزهرية 95384]، وصدرها الثاني بقوله: «ذكر القاضي عبد الوهاب هذه المسألة في «شرح الرسالة» فقال: ...» فذكرها.

(3) في (ع): (القدر)، والمثبت من الجامع وتهذيب الطالب.

(4) في (ع): (ولأن)، والمثبت من تهذيب الطالب.

الكيل[1] فقد صار للمشتري طريق [إلى][2] معرفة ذلك مِن غير مشقَّة، فإذا رضي بأنْ لا يُعلمه فكأنه رضي بالتَّغرير، وأنْ يعاوض على ما لا يعلمه مع القدرة على علمه مِن غير مشقة.

وكان القاضي أبو الحسن -رحمه الله- قال لي: «إنَّ هذا كالممتنع في المذهب، لأنه قال: «إذا باعه ولم يُعلمه كان ذلك عيبا يكون للمشتري معه الخيار»، ثم قال: «إذا رضي المشتري بأنْ لا يُعلمه فإنَّ البيع لا يصحُّ».

قال: وهذا ينقض ما قاله [من][3] أنه يكون عيبا؛ لأنَّ المشتري لو أوقفَه البائع على العيب فَرَضي به لجاز».

قال القاضي أبو محمد ابن نصر -رحمه الله-: وهذا الذي قاله فيه نظر، والمسألة صحيحةٌ غير ممتنعة، ووجه ذلك أنْ يقال: إنه ليس بممتنع [أن][4] يقع العقدُ على صفةٍ يكون للمشتري الخيارُ إذا لم يَعلم بها، ثم لو علم بها حال العقد لم يَجُز أنْ يعقد على اشتراطه لافتراق الحال بين الأمرين؛ لأنه يكون إذا رضي غررا أو مؤدِّيا إلى وجه يوجب المنع، ولا يكون كذلك إذا لم يعلم به.

يشهد لذلك ما قاله سحنون: أنه لو باعه أَمةً فخرجت [مغنية][5] لكان له

(1) في الجامع وتهذيب الطالب: (المبيع).

(2) زيادة من الجامع لابن يونس وتهذيب الطالب.

(3) زيادة من الجامع لابن يونس وتهذيب الطالب.

(4) في (ع): (لا)، والمثبت من الجامع وتهذيب الطالب.

(5) في (ع): (معيبة)، وينظر: المدونة (3/ 432)، والجامع (11/ 253).

الخيار، والبيع صحيح، وإنْ شرط في نفس العقد أنها [مغنية][1] لم يَجُز.

وكذلك لو باع سلعةً لا يملكها البائع ولا ولاية له في بيعها بل ظُلما وتعدِّيا، إلا أنه لم يبيِّن ذلك للمشتري فإنَّ البيع موقوف على إجازة المالك.

ولو أعلمه أنه غاصب فيدخل المشتري على ذلك؛ لم يجز.

فعُلم بهذا [أن البيع][2] لا يمتنع أنْ يصحَّ العقد على صفة لو شرطها المشتري لم يصح، ويثبت له الخيار -والله أعلم-.

الثاني والعشرون[3]: إذا قال: «بعتُك [من][4] هذه الصُّبرة مِن حساب كل[5] عشرة أقفزة بدينار» ولم يبيِّن كم باعه منها؛ فلا أعرف فيها نصًّا عن أصحابنا.

وقال بعض أهل عصرنا: «البيع غير صحيح[6]».

وهو قول أصحاب الشافعي[7].

واعتلَّ مَن قال هذا بأنْ قال: لأنَّ المبيع مجهول، قال: لأنه لمَّا قال «مِن هذه الصُّبرة» فكأنه قال «بعض هذه الصُّبرة»، ولم يبيِّن ذلك البعض، فصار

---

(1) في (ع): (معيبة).

(2) زيادة من الجامع لابن يونس.

(3) نقل هذه المسألة ابن يونس في الجامع (13/ 1079) والصقلي في تهذيب الطالب [98/ أ-أزهرية 95384].

(4) زيادة من الجامع لابن يونس وتهذيب الطالب، وشرح الرسالة للفاكهاني، ومما سيأتي في كلام القاضي.

(5) في تهذيب الطالب: (كيل) بدل (كل).

(6) في الجامع: (فاسد) بدل (غير صحيح).

(7) الحاوي الكبير (5/ 321).

مجهولا وغَررا.

وهذا ليس بصحيح، وعندي أنها تحتمل وجهين:

أحدهما: أنَّ البيع ينتظم جميعَها؛ لأنَّ لفظة «مِن» تكون للتبعيض، وتكون صلة [و][1]زيادة في الكلام[2]، فكأنه قال: «ما أبيعُك[3] مِن حساب عشرة أقفزة بدينار»[4].

وإذا وجدنا للفظ معنى يصحُّ حمله عليه كان أَوْلى مِن حمله على الفساد.

والوجه الآخر: أنْ يلزم البيع في مقدار ما علق الحساب به، وهو عشرة أقفزة على ما رواه [و/320] عبد الملك؛ إذا قال: «أجَّرتك[5] هذه الدار حساب كل شهر بدينار»؛ فإنَّ الإجارة تلزم في شهر واحد منها[6].

والجواب عمَّا قالوه: إنه ليس لابدَّ أنْ تكون لفظة «مِن» هاهنا للتبعيض؛

---

(1) زيادة من الجامع والتهذيب.

(2) ينظر: الجنى الداني في حروف المعاني (ص: 310).

(3) في الجامع: «بعتك هذه الصبرة».

(4) قال الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 217): «ما قاله عبد الوهاب غير واضح ولا موافق لقواعد العربية، فإنَّ «مِن» هنا للتبعيض ولابد، فإن معيار «مِن» التي للتبعيض عند النحاة صحة تقديرها ببعض، كقولك: «أكلتُ من الرغيف» ونحو ذلك، ولا ريب في صحة تقدير ذلك في مسألتنا هذه، وأيضا فإن مذهب سيبويه رحمه الله أنَّ «مِن» لا تزاد عنده في الواجب، والكلام هنا واجب، أعني أنه ليس بنفي ولا بمعنى النفي كالاستفهام ونحوه، فلا يصح أن تكون صلة، يعني زائدة كما ذكر، والله الموفق».

(5) في الجامع: (أكريك).

(6) نهاية النقل في الجامع لابن يونس.

لأنها قد تكون زائدة، وعلى أنه أراد: «مِن حساب عشرة بدينار»، وقد نصَّ مالك -رحمه الله- على أنه إذا قال: «أجَّرتك هذه الدار [1] كل شهر بدينار؛ فإنَّ العقد صحيح، وإنْ لم يبيِّن مدَّة الإجارة»، والمسألة محتملة[2][3].

الثالث والعشرون: إذا ابتاع صُبرة طعام جزافا فهلك[4] بعد العقد فهي مِن المشتري؛ لأنه ليس فيها حقُّ تَوفيةٍ على البائع، فالعقد وقع عليها مقبوضة مع التخلية، فكان تلفها منه.

فكذلك [له][5] بيعها قبل نقلها[6] لهذه العلة.

ولأنه لا خلاف في المذهب أنَّ الدواب والرَّقيق تلفه مِن المشتري؛ لأنه ليس فيه حقُّ توفيةٍ على البائع أكثر مِن التخلية؛ فكذلك الجزاف.

الرابع والعشرون: إذا ابتاع صُبرةً جزافا، أو على تصديق البائع في الكيل فتعدَّى عليها إنسانٌ فأتلفَها؛ لزمته القيمة لا المِثل، وسواء أتلفها البائع أو غيره.

وإنما قلنا ذلك لأنَّ كل مَن أتلف مِلكا لغيره يلزمه بدله؛ إمَّا المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له.

---

(1) في التهذيب زيادة: (حساب).

(2) في التهذيب: (مختلفة).

(3) نهاية النقل في تهذيب الطالب للصقلي.

(4) في شرح الرسالة للفاكهاني: (فهلكت).

(5) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(6) في شرح الرسالة للفاكهاني: (تلفها).

فإنْ قيل: فالطعام ممَّا له مثل؛ فهلَّا ألزمتموه مِثلَه؟

قلنا: لسنا نعلم مقدارها مِن طريق الكيل، ولا نصل إلى المثل.

وكذلك؛ فإنَّ المشتري إذا صدَّق البائع على مقدار كيلها فإنَّ المتعدِّي يقول: لستُ أصدِّقه أنا؛ فلا يلزمه ذلك، وصار حكمه حكم مَن أتلف شيئا له مثل بموضعٍ لا يوجد مِثلُه، فإنْ تعذَّر المثل يصيِّره إلى القيمة.

فإنْ قيل: فإذا لم يعلم قدر كيله لم تُعلم قيمته.

قيل له: ليس الأمر كذلك؛ لأنه لو لم يَعلم ذلك لم يَجُز بيعُه جزافا.

[ولأن][1] الجزاف [يُحزَر][2] ويُرى ويُقوَّم.

فإنْ قيل: إذا كان الجهل بمقدار كيلها لا يمنع مِن قيمتها، والقيمة قد جُعلت في الشرع مِثلا؛ جاز ألا يمتنع مثلها.

قلنا: الفصل بينهما أن القيمة مجتهدٌ فيها، فالزيادة والنقصان لا تضرُّ، وليس كذلك المثل مِن الجنس؛ لأنه إذا لم يتحقق يكون ربًا؛ لأنَّ عدم العلم بالتماثل يقوم مقام تحقيق التفاضل، والله أعلم.

قال القاضي أبو محمد ابن نصر -رحمه الله-:

هذه المسائل سألني مَن استملى هذا الكتاب إثباتَها في هذا الموضع، وفي بعضها نظر، وأظنُّ أنه قد شذَّ عن حفظي بقية منها، وضاق الوقت على استقصاء طلبها، وفي قدر ما ذكرناه كفاية إنْ شاء الله.

---

(1) في (ع): (ولا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (يجوز)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ثم عدنا إلى الكتاب:

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن باع نَخلا قد أُبِرَتْ فثَمَرُها للبائع إلا أنْ يَشتَرِطَها المُبتاعُ، وكذلك غيرُها مِن الثِّمار، والإبَارُ في النَّخل: التَّذْكِيرُ، وإبَارُ الزَّرْعِ: خروجُه مِن الأرض).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا كما قال؛ إذا بيعَ أصل الحائط وفي النخل تمر، لا يخلو أنْ يكون أُبِر أو لم يؤبَر:

فإنْ كان قد أُبِر؛ فهو للبائع، ولا يكون للمبتاع إلا بشرط.

وإنْ كان لم يؤبَر؛ فهو للمبتاع بعقد البيع، ولا يحتاج إلى الشرط، وإنِ اشترطها البائع؛ لم يَجُز.

قال الشافعي: إنِ استثناها البائع جاز[1].

وقال أبو حنيفة: الثمرة للبائع في الحالتين قبل الإبار وبعده، ولا يكون للمبتاع إلا بشرط[2][3].

والذي يدلُّ على ما قلناه ما روى مالك عن ابن عمر أنَّ رسول الله ﷺ

---

(1) الحاوي الكبير (5/ 161).

(2) التجريد للقدوري (5/ 2383).

(3) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 222).

قال: «مَن باع نخلا قد أُبِرت فثمرُها للبائع إلا أنْ يشترطَها المُبتاع»[1]، فشرط في كونها للبائع أنْ تؤبَر، [فدل ذلك][2] على أنها قبل التأبير ليست له.

وروى الناس أنَّ رجلا باع نخلةً، فتنازع البائع والمشتري في ثمرتها، فقضى رسول الله ﷺ لمَن أبَرها[3]، وهذا كالنصِّ.

ولأنه كامنٌ في أصله خِلقةً فوجب أنْ يتبعه في البيع بمقتضى العقد، كالحمل في البطن واللبن في الضَّرع.

فإنْ قالوا: يَبطل بالزرع.

قلنا: ليس بكامن كُمُون خِلقة، بل بصنعة وإبداع؛ كالشيء المدفون.

فإنْ قالوا: لأنها ثمرة نخل برزت مِن أصلها، فلم يتبعه في البيع؛ أصله: إذا أبِرت.

قلنا: الوصف غير مسلَّم؛ لأنها في أكمامها لم تبرز؛ على أنَّ المعنى في الأصل أنَّ النَّماء قد ظهر فلم يتبع أصلَه، كالحمل إذا انفصل واللبن إذا حُلب.

وربَّما قالوا: لأنها ثمرةٌ يجوز إفرادها بالعَقد؛ كالمؤبَرة.

وهذا غلط؛ لأنَّ إفراد الشيء بالعقد لا يوجب ألا يتبعَ أصلَه في البيع؛

(1) موطأ مالك (2287)، ومن طريقه البخاري (2204)، ومسلم (1543).

(2) في (ع): (فذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) أخرجه أحمد (4852)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (5587) من حديث ابن عمر، وهي رواية للحديث الذي قبله كما في علل ابن أبي حاتم (3/ 603-604).

كالبناء والشجر، يصحُّ أنْ يُفرَد البناء بالبيع دون العَرْصة[1]، ثم لو أطلق بيع الأصل أتبعه البناء، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنْ باع عبدًا وله مالٌ؛ فمالُه للبائع إلا أنْ يَشترِطَه المُبتاعُ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

هذا مبنيٌّ على أنَّ العبد يَملك، فإذا ثبت ذلك صحَّ القول في هذه المسألة.

والقول بصحَّة مِلك العبد قول أصحابنا[2].

وخالفَنا أهلُ العراق[3] والشافعي[4]؛ فزعموا أنَّ العبد لا يصحُّ أنْ يَملك، وأنه [كالبهيمة][5].

قال الجرجاني محتجًّا لأبي حنيفة في ذلك:

لنا قوله تعالى: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: 75]، وقد علم أنه لم يُرد بالقدرة القوة، [فلم][6] يبقَ إلا أنْ يريد بقاء القدرة على الملك، لأنه لا يُعبَّر

(1) العَرْصة: كل بُقعة بين الدُّور واسعة ليس فيها بناء، والجمع (العِرَاص) و(العَرَصات). مختار الصحاح (عرص).

(2) التفريع (2/ 130).

(3) أحكام القرآن للجصاص (5/ 8).

(4) الحاوي الكبير (5/ 265).

(5) في (ع): (كالهبة)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني (5/ 223).

(6) في (ع): (لم)، والمثبت أليق بالسياق.

بالقدرة إلا عن القوة والملك [لا][1] لغير ذلك[2].

[فإن][3] **قالوا**: ليس سواهما!؟

قيل له: لِمَ زعمتَ ذلك؛ أولستَ تَعلم أنَّا نزعم أنه لم يُرِد به أحد الأمرين وأراد غيرهما.

فإنْ قيل: أثبتوا ما أراده.

قيل له: مِن قَبل أنْ نبيِّنه يجب أنْ تعترف على نفسك أنك مدَّعي دعوى لم تُقم عليها حُجَّة، وأنَّ المطالبة لك لازمة، ثم نحن نبيِّنه، ويقال له: أخبِرْنا أيجوز أنْ يقال: فلان قادرٌ على كذا، ونحن نعني أمرا ليس هو القوة والملك؟

فإنْ قالوا: نعم؛ ففي ذلك نقض لاستدلاله لإمكان انصراف الظاهر إلى نفي ذلك المعنى دون نفي الملك.

وإنْ قال: لا، [فذلك][4] موجب استدلاله.

قيل له: هذا باطل؛ لأنَّا قد نعبِّر بذلك عن ضروب منَ التصرُّف ليست مِن الملك؛ لأنَّ الملك نوعٌ مِن التصرُّف، وعلى وجهٍ مخصوص، وقد يتمكَّن الإنسان -حرا كان أو عبدا- مِن تصرُّف لا يوصف بأنه مملوك؛ كنحو أكله طعام الغير الذي أباحه له، وقضاء حاجةٍ لنفسه يستعين به، ومِن التطوع

(1) في (ع) ما صورته: (أم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) انظر: التجريد للقدوري (5/ 2485).

(3) في (ع) ما صورته: (فا)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (وذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

مخدمة غيره.

فإنْ [قال:][1] منع هذا أكابر اللغة، وما نعلمه مِن مذاهب أهلها -وإنِ اعترف به-.

فقيل: ما أنكرت نفي القدرة المراد بالظاهر ومتصرفا إلى أنْ ليس له ذلك إلا بإذن سيِّده ولا يقدر عليه متى أراده، وأنْ يكون متى حصل له مالٌ محجور عليه فيه لا يمكنه التصرُّف فيه إلا بإذن سيِّده.

وبيَّن هذا أنه وارد في مقابلة قوله: ﴿وَمَن رَّزَقْنَٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا ۖ هَلْ يَسْتَوُۥنَ﴾ [النحل: 75] فأخبر بأنَّ غير العبد يتصرَّف في ماله بحسب اختياره وإرادته، ولا مانع [و/322] يمنعه ولا حاجر يملك دفعه عمَّا يريده، والعبد بخلاف ذلك.

ويقال له: إذا كان قوله: ﴿لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾ معدولا عن حقيقته مِن حيث كانت حقيقته هذه التسمية للقوة وجب صرفُه إلى ضربٍ مِن المجاز، والمجاز لا يُحمل على ظاهره ولا يطَّرد، وإنما يُقصر على ما يدلُّ عليه الدليل.

[ولأن][2] غالب استعمالها هنا كغلبته في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: 3] و﴿أُمَّهَٰتُكُمْ﴾[3] و﴿ٱلْغَآئِطِ﴾[4]، وما أشبه ذلك وجب التوقُّف، ولم

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (ولا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) أي: قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: 23].

(4) أي: قوله تعالى: ﴿أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ﴾ [النساء: 43].

يكن لأحدنا حمله على ما يدَّعيه إلا ولغيره حمله على غيره، وقد بيَّنا ما يجوز صرفه إليه.

ثم أورد على نفسه سؤالا وهو أنَّ المراد بالظاهر عبدٌ واحد دون الجنس، وأجاب عنه.

ولسنا نرتضي السؤال، فلذلك أضربنا عنه.

ثم قال: ولا يجوز حمله عليه إذا لم يملكه السيِّد؛ لأنَّ ذلك يستوي فيه الحرُّ والعبد.

وهذا لا أعرف له معنى إلا أنْ يكون أراد بصرف المحجور عليه، فإنْ كان أراد هذا فقد عبَّر عنه بغير عبارته، على أنه غير ممتنع أنْ يكون ذكر العبد مِن حيث الحجرُ عليه لتعلُّق حقِّ الغير به وأنْ يصرفه مملوك عليه؛ لأنه في مقابلة الحرِّ الذي ذكره.

ويقال له: أليس قد قال تعالى: ﴿أَحَدُهُمَآ أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: 76] فهل أفاد ذلك نفي الملك؟

وأجاب عن هذا بأنْ قال: هذا أيضًا يفيد نفي الملك لولا قيام الدلالة، وهو أنه لمَّا ذكرَ البكم وضمَّ إليه نفي القدرة علمنا أنه أراد نفيَ القدرة على النطق.

يقال له: في هذا ضربٌ مِن المغالطة؛ لأنَّ نفي القدرة إذا كان حقيقته ينصرف إلى نفي القوة، واتَّفقنا على أنَّ ذلك غيرُ مرادٍ؛ لم يخل أنْ يكون ذكرَ البكم لينبِّه بذلك على أنه أراد النطق أنْ يكون هو وغيره سواء، والذي ذكره تصريح بأنه قرينة في أنَّ المراد نفيُ القدرة على النطق، فإذا كان كذلك

فالظاهر مصروفٌ إليه لا إلى غيره، فكيف يجوز أنْ يقال: إنه يفيد نفي الملك أيضا لولا قيام الدلالة؟

فإنْ قال: إنما أردت الدلالة التي علمت بها أنَّ المراد نفي البَكَم.

قيل له: فلو لم تَقُم هذه الدلالة لكان يجب حمل اللفظ على عمومه في كل مجاز، وإنْ لم تكن معه دلالة ولا غالبَ استعمالٍ.

فإنْ قال: نعم؛ أوجب طرد المجاز، وهذا أصلٌ مِن أصول الفقه، وهو حراسة [نقضِ][1] المُواضَعة.

[**وإنْ**][2] **قال:** لا؛ قيل له: فإذًا؛ الواجب الوقف إلى أنْ يَرِد بيان دليل لهم.

ثم قال: ويدلُّ عليه قوله تعالى: ﴿هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن شُرَكَآءَ فِى مَا رَزَقْنَٰكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَآءٌ﴾ [الروم: 28]؛ فأخبر أنه لا نشاركه تعالى في ملكه كما لا يشاركنا عبيدُنا في مِلكنا، فلو كان العبد يملك ويشاركنا في الملك لجاز أنْ نشارك الله تعالى في ملكه؛ لأنه جعل حكم عبيدنا في الملك معنا كحكمنا في الملك معه.

يقال له: ليس في الظاهر صريح في استحالة ملك العبد، وإنما هو صريح في نفي شركة عبيدنا لنا فيما رُزِقْناه وأُفْرِدنا بكونه رزقا لنا.

وليس إذا كان عبدي يَملك كما أملك فقد شارَكني فيما رُزِقْتُه؛ لأنه لو كان ذلك كذلك كان كلَّما رزقني الله تعالى إذًا جاز وصحَّ أنْ يكون

---

(1) في (ع): (بعض)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (فإن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

[للعبد][1] مثله [بأنْ][2] كان العبد شريكا لي فيه.

وذلك باطل؛ لأنَّ الله تعالى قد رزقنا استباحةَ الوطء بعقد نكاح، والعبد مثلنا فيه، وكذلك إباحة سائر المآكل والملابس هي مباحة [323/و] للعبد كإباحتها للأحرار، وكل ذلك رزق لنا، فإنْ كان تساوينا في الملك [يوجب][3] أنْ يكون شريكا لنا فيما رزقناه؛ كانت مساواتنا في هذا توجب مثل ذلك.

وإنْ لم توجبه؛ فكذلك في الملك، وليس له أزيد على التخصيص، لأنَّ القصد بالآية ما لا يصحُّ دخول التخصيص، وهو التقدير الداخل بتأكُّد النفي ليحصل الغرض المراد.

وإنْ زعم أنَّ جميع ما ذكرناه ليس برزقٍ لنا؛ فلذلك لم يوصف العبيد بأنهم مشاركون لنا فيه، [قلبنا][4] ذلك عليه في صحة الملك، ونَفَيْنا أنْ يكون صحة ملك الحرِّ رزقا لنا، واحتجنا إلى نقل الكلام إلى مسألة الرزق ما هو.

ويقال له: إنَّ الآية لم تَنف ملك العبد وشركته إيَّانا في أرزاقنا على الإطلاق، [وإنما][5] نفت شركا على صفة، وهو أنْ يتساوى فيه على حدٍّ يقتضي الخوف منهم.

وذلك معنى لا يتصوَّر في الملك؛ لأنه يوجب أنْ أخاف على نفسي متى كان

---

(1) في (ع): (العبد)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (فإن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (فوجب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (قبلنا)، ولعل المثبت أنسب للسياق.

(5) في (ع): (وأيضا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

عبدي يملك كما أملك، لوجب مثله فيما يستبيحه ممَّا استبحتُه؛ وذلك باطل.

فعُلم أنَّ معنى الآية غير ما تأوَّله.

سؤال آخر:

قال: ولأنه ﷺ قال: «مَن باع عبدا وله مال فمالُه لسيِّده إلا أنْ يَشترطَه المُبتاع»(1)، وملك الإنسان حال العقد أضعف ممَّا هو قبل العقد حين حصل بعرض الزوال، فلمَّا جعل ﷺ ما في يد العبد مِن المال في حال البيع للسيِّد -وهو أضعف حالتيه- [أفلا](2) يكون للسيِّد ما قبلَ العقد -وهو أقوى حالتيه- أولى؟

يقال له: هذا الخبر مِن عُمد أدلَّتنا مِن وجوه نحن نذكرها، وفيها انفصال عن سؤالك:

أحدها: أنه قال: «مَن باع عبدا وله مال» وهذه إضافة التمليك، كقولنا: «لزيد مال وعقار»، فوجب أنْ يُحمل على حقيقتها، وأنْ يكون العبد مالكا.

وقد قالوا -هم وأصحاب الشافعي- لمَّا أوردنا عليهم هذا: إنَّ هذه إضافة قَرار لا إضافة ملك، كقولك: «للدار باب»، و«للدابة سَرج».

والجواب: أنَّ هذه دعوى غير مقبولة، ونحن مع الظاهر والحقيقة.

والثاني: أنه لمَّا جعله للبائع بشرط البيع دلَّ على أنه قبل ذلك للعبد دون البائع.

(1) أخرجه البخاري (2379)، ومسلم (1543) من حديث ابن عمر.

(2) في (ع): (فلا)، ولعل المثبت أنسب للمعنى.

وعلى قول مخالفينا: إنَّ هذا الشرط لا معنى له، وإنَّ المال بمنزلة ما في يده وديعة للسيِّد.

وهذا ترك للظاهر.

والثالث: أنَّ العبد لو كان يستحيل أنْ يملك كالبهيمة لم يحتج إلى أنَّ ماله يكون للبائع في حالٍ مخصوصة، ألا ترى أنه لا معنى لقوله: «مَن باع دابَّته وعليها ثوب أو [جلد][1] فهو للبائع»، وكذلك قوله: «مَن باع عبده وله في يده وديعة؛ فالمال له».

والرابع: أنه لمَّا قال: «إلا أنْ يشترطه المبتاع» كان ظاهره أنْ يشترط تبقيته على ملك العبد؛ لأنَّ ما يشترطه المبتاع مضمرٌ لم يذكر في الظاهر ما هو أَوْلى، فاحتمل أنْ يكون لنفسه، واحتمل أنْ يكون للعبد، فكان الظاهر المضمر هو المنطوق به، فكأنه قال: «مَن باع عبدا وله مال فمالُه للبائع إلا أنْ يشترطه المبتاع أنْ يكون للعبد»، وإذا ثبت ذلك؛ صحَّ ما قلناه.

ويقال له في قوله: «لمَّا جعل للبائع في أضعف حالتيه كان بأنْ يكون في أقواهما أقوى» هذا شاهد لنا؛ لأنه لو كان ملكا له في جميع الأحوال لم يكن لتخصيص إضافته إليه في حالٍ دون حال معنى، كما لا معنى لذلك فيما في يد العبد وديعة للسيِّد أو مِلك له لا تعلُّق للعبد فيه.

ويقال له: إذا كانت الأوقات كلها عندك متساويةً كلها في ذلك؛ فكيف

---

(1) في (ع): (جل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

يصحُّ أنْ يكون [في][1] بعضها ضعف وفي بعضها [قوة][2]؟ وهل [و/324] يستوي ذلك في البهيمة إذا باعها المالك أنْ يكون مِلكُه عليها في تلك الحال أضعف منه فيما تقدَّم، وإذا كان الأمر كذلك؛ دلَّ على بطلان مُعلَّقِه.

ثم قال: ولأنَّ كل مَن ملك شيئا جاز أنْ يملك مثله، يدلُّك عليه الأصول، فلو كان العبد ممَّن يملك رقَّ عبدٍ آخر لجاز أنْ يملك نفسَه بعقد مولاه كما يعقد لأجنبي، وفي علمنا أنه لا يجوز أنْ يملك ذلك، دلالة على أنه لا يجوز أنْ يملك رقَّ عبدٍ آخر.

يقال له: ما قلتَه باطل؛ لأنَّ قولك: «يصحُّ أنْ يَملك مثله» لا يخلو أنْ يرجع به بالمثل هاهنا إلى الجنس أو إلى أعيان الجنس، وأي الأمرين أردت فلا يصحُّ؛ لأنَّ الإنسان قد يَملك شيئا لا يصحُّ أنْ يملك مثله، لا لأنَّ ذلك المثل لا يصحُّ أنْ يُملك، لكن لأنه لا يصحُّ أنْ يَملكه مالكٌ مخصوص لمعنى يرجع إلى أعيان المالكين، فقد يكون الشيء ممَّا يصحُّ ممَّا يملكه زيد ولا يملكه عمرو، فإنْ أجاز هذا؛ بطل استدلاله.

وإنْ منَعَه؛ قلنا: أليس يصحُّ أنْ يَملك الإنسان أجنبيا، ولا يصحُّ أنْ يَملك أباه ولا ابنه ولا أمَّه، ولاستحالة مِلكِه عليهم لا لمعنى يُخرجهما عن أنْ يكونا مملوكين؛ فكذلك لمَّا كان مِن شرط المِلك أنْ يكون المالك غيرَ المملوك استحال أنْ يكون الإنسان مالكا لنفسه، وإنْ صحَّ أنْ يكون مالكا

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (قوى)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

لغيره مِن حيث كان مِلكه لغيره لا يناقض فيه، وملكه لنفسه يؤدِّي إلى التناقض والإحالة.

ويقال له: أيجوز أنْ يُستَدلَّ على امتناع الأمر الممكن الصحيح بامتناع المستحيل المتعذِّر؟

فإذا قال: لا، ولابدَّ مِن ذلك.

قيل له: فخبِّرنا عن ملك الإنسان [نفسه][1] أهو متصوَّر معقول أم ليس بمتصوَّر؟

فإنْ قال: ليس بمتصوَّر.

قيل له: أفيجيء مِن هذا امتناع المتصوَّر، وأنْ يطَّرد على هذا كل ما في معناه حتى يستحيل أنْ يأمر الأمر لغيره لاستحالة أمره لنفسه وما جانس ذلك؟

وإنْ قال: بل هو متصوَّر، وذلك بأنْ يصير [مالك][2] نفسه بحيث لا ملك لأحدٍ عليه.

قيل له: هذا ضربٌ مِن المجاز، كما يقول: «الحر مالكٌ لنفسه»، يريد أنه لا ملك لأحدٍ عليه، وهذا معنى متَّفق عليه بيننا أنه يصحُّ في العبد.

ويقال له: هل هذا السؤال إلا كسؤالٍ مِن سؤالنا؟

فقال: لو صحَّ أنْ يستبيح الإنسانُ منافع بُضع هذه العين لصحَّ أنْ يستبيح

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) زيادة يقتصيها السياق.

منافع مثلها اعتبارا بالأصول إذا كان هذا نوعٌ مِن التصرُّف، كما أنَّ الملك نوعٌ مِن التصرُّف، فلمَّا لم يصحَّ أنْ يستبيح بُضع ذوات محارمه امتنع ذلك في غيرهنَّ، فما الفصل بين الأمرين؟

ويقال له: نحن نلتزم لك ما قلتَه مِن أنَّ كل مَن صحَّ أنْ يَملك شيئا صحَّ أنْ يَملك مثله، ولكن إذا كان ذلك المثل [مما][1] يصحُّ أنْ يكون مملوكا له، ولم يكن فيه ما يمنع ذلك.

ألا ترى أنه يصحُّ أنْ يَملك دارا، ولا يصحُّ أنْ يَملك دارا مثلها إذا كانت وقفًا محرَّمًا لكونها ممَّا لا يصحُّ أنْ يُملك.

وإذا كان هذا المعنى مشترط فثَبِّتْ أولا أنَّ دابةً ممَّا يصحُّ أنْ تكون مملوكة له، ثم نتكلم في أنه يصح ملكه عليها، ونورد عليه ما لزمناه في ملك الوالدين والولد.

فإنْ قال: إنَّ الوالدين والولد يصحُّ أنْ يُملَكوا، ولكن لا يستقرُّ المِلك بل يتعقَّبه العتق.

قيل له: هذا فرارٌ لا يُنجي، لأنَّا نقلب الكلامَ إلى استدامة الملك فنقول: كل مَن صحَّ استدامة مِلكه على عينٍ صحَّ استدامةُ مِلكه على مثلها اعتبارا بالأصول، فلمَّا [و/ 325] كان استدامة ملك الإنسان على أبيه وأمِّه لا يصحُّ لزم ذلك في غيرهم مِن أمثالهم، وهذا واضحٌ في بطلان ما قاله.

ثم يُقال له: خبِّرنا؛ أكُلُّ ما صحَّ مِن الإنسان في غيره صحَّ منه في نفسه حتى

---

(1) في (ع): (ما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

لا حكم يَصحُّ أنْ يوصف به في غيره إلا ويَصحُّ أنْ يثبت له في نفسه، أم هذا أمر [يخص][1] الملك؟

فإن طَرَد ذلك على العموم؛ قيل له: فيجيء مِن هذا أنْ يستحيل مِن الإنسان أنْ يستأجر غيرَه وأنْ يُعاوض على منافع غيره؛ لأنه إنْ صحَّ أنْ يبذل العِوض على منافع غيره صحَّ أنْ يبذل العِوض على منافع نفسه، وأنْ يستحيل أنْ يملك قتلَ غيره لاستحالة أنْ يملك قتلَ نفسه، وأنْ يستحيل الأب أنْ يزوِّج ابنتَه مِن غيره لامتناع أنْ يزوِّجها مِن نفسه.

وإنْ زعم أنَّ هذا يخص الملك؛ طولب بالمعنى الذي أوجب تخصيص الملك بذلك دون غيره؛ لأنَّ الأصول إذا انقسمت إلى ما لا يمتنع مِن الإنسان في نفسه وإنْ صحَّ في غيره، وإلى ما يصحُّ في نفسه كما يصحُّ في غيره؛ لم يكن له أنْ يجعل الملك لأحد الطرفين دون الآخر إلا لمعنى يقتضي ذلك فيه.

ثم قال: ولأنه لو كان مالكا لم يجز أنْ يحكم بزوال ملكه بالبيع؛ لامتناع أنْ يكون العقد على عينٍ سببا لزوال مِلكٍ لم يعقد عليه البيع.

يقال له: هذه مغالطة منك، وبناء لاستدلالك على مذهب خصمك، ألستَ تزعم أنَّ العبد لم يكن مالكا لهذا المال لا قبل البيع ولا بعده، فكيف يصحُّ أنْ تقول: لو كان مالكا لم نحكم بزوال ملكه بالبيع، وعندك أنه لم يكن له ملك زال بالبيع؟

---

(1) في (ع): (يصح)، والمثبت مما سيأتي في الجواب.

فإنْ قال: إنما قلت هذا لأنني بنيتُ الاستدلالَ على إفساد خصمي.

قيل له: فمِن مذهب خصمك أنَّ الملك للعبد إلا أنْ ينتزعه السيِّد، والبيع عنده انتزاع [للملك][1]، والكلام في كيفية الانتزاع فرع عن أصلٍ لا تقول به، فليس لك أنْ تكلِّمنا في أنَّ البيع يكون انتزاعا أو لا يكون، وأنت لا تُثبت الأصل.

وقوله: «إنه يمنع أنْ يكون العقد على عينٍ سببا لزوال ملكٍ لم يعقد عليه»؛ باطل، لأنَّا قد وجدنا في الأصول مثل ذلك، وهو أنَّ السيِّد إذا زوَّج أمتَه فإنَّ المهر عندنا ملكا[2] لها إلا أنْ ينتزعه منها، وعندهم أنه للسيِّد، ولو باعها مِن الزوج قبل الدخول لزال ملكه عن المهر، وكذلك الحرَّة إذا ملكت زوجَها قبلَ الدخول سقط مهرُها عنه.

قال بعد ذلك: ولأنَّ الميراث آكد في نقل الملك مِن البيع، بدلالة أنه ينتقل بغير رضاه إليه، فإذا لم يَملك العبد بالميراث مع تأكُّده؛ فبغيره أبعد.

يقال له: أليس مع تأكُّد الميراث على البيع وغيره مِن أسباب الملك قد ثبت أنَّ الملك به لا يحصل إلا مع شروطٍ وأوصاف لا تُراعى في البيع ولا غيره، وتلك الشروط هي التساوي في الدِّين والحُرم[3] وغير [القتل][4] وما أشبه ذلك؟

---

(1) في (ع): (للمال)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) كذا في (ع).

(3) «الحُرم» و«الحُرمة»، قال المؤلف في التلقين (2/ 182): «نريد بالحرمة: ما يرجع إلى الحرية والرق وأحكامهما».

(4) في (ع): (القبل)، والمثبت أليق بالسياق.

فإذا قال: نعم.

قيل له: فهل وجدت هذه الشروط في العبد؟

[**فإن قال**: لا][1].

يقال له: فكيف يستدلُّ بانتفاء ملكه عمَّا لم يوجد فيه شروط الملك على انتفائه بما لم يعتبر فيه مِن الشروط ما اعتبر في هذا الآكد، وهل يصحُّ أنْ يملك بهذا الآكد مع عدم هذه الشروط؟ وإنما كان يصحُّ ما قاله لو وجدت فيه شروط الآكد ثم لم يملك به.

فإنْ قيل: لمَّا كان الرقُّ مانعا مِن الملك لهذا النوع كان بأنْ يمنع الملك بغيره أَوْلى [و/ 326].

قيل له: ليس للرقِّ في هذا مَزيةٌ على الكفر والقتل؛ لأنهما مانعان مِن المِلك بالميراث غير مانعان[2] مِن الملك بغيره.

ويقال له: أليس الميراث بالولاء نوعا يقع به الملك، وهو آكد مِن غيره مِن وجوه المواريث؛ لأنَّ للإنسان أنْ يدخله على غيره بفعله واختياره شاء أم أبى، ثم النساء لا يَمِلكنَ به، فهل جاء مِن هذا نفي ملكهنَّ بغيره؟

فإنْ قال: النساء يملكنَ بالميراث في الجملة، وهذا نوعٌ مِن الميراث، وإنْ كان أحد أسباب الملك، فله حكمٌ ينفرد به، وعلى أنَّ الكافر يَملك بغير الميراث، ثم لم يحصل، بيَّن هذا أنه يَملك به لمَن يخالفه في دينه، أعني: في الإسلام.

---

(1) في (ع) ما صورته: (ولا بد ما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) كذا في (ع).

ويقال له: خبِّرنا ما وجه تأكُّد الميراث على غيره مِن أسباب الملك.

فإنْ قال: ما ذكرته مِن ذلك في ملك الإنسان باختياره وبغير اختياره.

قيل له: أفيجيء مِن هذا أنْ يكون كل مَن لم يملك به لا يصحُّ أنْ يملك بغيره؟

فإنْ قال: نعم، بَطَّلْناه بالكافر والقاتل، فإنَّ الكافر والقاتل لهما مدخل في الملك بالإرث في الجملة.

قيل له: لسنا نمنع بالجملة دون التفصيل؛ لأنَّ هذا التأكُّد لم يثبت لنوع منه دون نوع، وإنما ادَّعيته لجملة الإرث.

ويقال له: إنَّ ملك العبد بالميراث لا يتصوَّر، وذلك لأنَّ مَن ورثه لا يخلو أنْ يكون حرا أو عبدا:

فإنْ كان [عبدا؛ كان][1] سيِّده الحر لا يرثه فضلا عن العبد، وسيِّده أَوْلى بماله.

وإنْ كان حرا؛ فإنَّ الحرَّ يحجب العبد كما أنَّ الكافر يحجب المسلم، والحجب لا يمنع الملك.

ويقال له: ما الفصل مَن قال إنَّ الملك بالإرث أضعف مِن الملك بغيره؛ لأنه قد اعتبر فيه مِن الشروط ما لم يعتبر في غيره، وكثرة شروط الشيء تدلُّ على ضعفه لا على قوَّته، ألا ترى أنَّ البيع والهبةَ يصحُّ مِن المسلم والكافر، والقريب والبعيد، والنساءِ والرجال، والميراث لا يثبت إلا على شروط

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

وأوصاف، فكانت الوجوه أقوى منه وآكد.

ثم قال: ولأنَّ البيع سببٌ لنقل الملك كالموت، وهذا هو الأَوْلى بعينه، إلا أنه قياس طَرْد.

فيقال له: المعنى في الموت أنَّ انتقال الملك به معلَّقٌ على شروط، وهي التساوي في الدِّين والحرمة، أو لأنَّ قتل العمد يمنع منه، ولا يمنع ذلك في البيع.

قال: ولأنه حيوان مملوكٌ فلم يَملك؛ أصله: إذا لم يأذن له المَولى.

يقال: هذا الوصف لا يُؤثِّر؛ لأنَّ استحالة الملك لا يراعى فيها كونه حيوانا أو جمادا، وإنما صحَّة الملك وثبوته يُراعى فيها كونه حيوانا، وكذلك فلا يراعى كونه مملوكا؛ لأنَّ ما لم يملك قط وما يستحيل أنْ يملك مِن الحيوان؛ لا يصحُّ أنْ يملك، كالخنزير وغيره مِن الحيَّات والخنافس وما لا يصحُّ أنْ يُملك، وعلى أنَّ هذا القياس يوجب أنْ يُرَدَّ إلى ما توجد العلة فيه، وهو أنه يكون حيوانًا مملوكًا.

فأمَّا ردُّه إلى عدم إذن المَولى فإنها حالٌ له، وعلى أنَّ الملك إذا تعلَّق بإذن الغير وكان له حقٌّ لا يدلُّ على استحالته، وإنما يدلُّ على منعه لحقِّ الغير لا لكونه محالا، كالمحجور عليه إذا وهب له أو اشترى شيئا فرأى المَولى مِن النظر ألا يَملك، وعلى أنَّا وجدنا إذْنَ المَولى إذا تعلَّق بمنعه حكمٌ تعلَّق بوجوده ضده.

ألا ترى أنه لا يجوز نكاحه إلا بإذنه، وإنْ عُدم إذنه أثَّر في منع النكاح، ثم هو جائز بإذنه.

فكذلك يجب إذا كان عدم إذنه مُؤثِّرًا في منع المِلك أنْ يكون إذنُه مؤثِّرا في صحَّته.

قال: ولأنَّ الحربي إذا سُبي زال مِلكه عمَّا كان، فلو كان الرقُّ لا يُنافي [و/ 327] ابتداء التمليك لكان لا ينافي البقاء، ألا ترى أنه قد يجتمع في حال البقاء ما لا يثبت حال الابتداء؟

يقال له: لسنا نسلِّم هذا في الحربي؛ لأنَّ ما لم يُغنَم مِن ماله فهو باقٍ على مِلكه، وما غُنم فقد فات بالقَسْم.

قال: ولأنَّ الناس ضربان: مالكٌ ومملوك، فإذا كان المالك لا يصحُّ أنْ يكون مملوكا لم يَجز أنْ يكون المملوك مالكا.

يقال: هذا مجرَّد الدعوى؛ فلِمَ لَمَّا لَمْ يَجز أنْ يكون المالك مملوكا لم يَجز أنْ يكون المملوك مالكا؟! وأَوْلى ما تعلق به في هذا الموضع المطالبة بـ«لِمَ».

ويقال له: إنَّ المالك لم يستحيل أنْ يكون مملوكا مِن حيث كان مالكا؛ لأنَّ استحالة الملك على الذات لا يُراعى فيها دونها؛ مالكة أو غير مالكة اعتبارا بالأصول، وهو أنَّا وجدنا الجماداتِ وغيرَها مِن الحيوان الذي لا يصحُّ أنْ يُملك يستحيل أنْ يَملك، وإنْ كان هو يستحيل الملك عليه، كذلك الحر، وإنِ استحال أنْ يكون مملوكا فليس ذلك لأنه مالك.

ويقال له: ما زعمتَ أنْ يكون العبد مملوكا يمنع أنْ يملك، لأنَّ كل مَن حصل على صفةٍ استحال أنْ يحصل له مِن غيره ما حصل لغيره فيه أم لغير ذلك؟

ويقال له: أليس الإنسان قد يَملك منافع غيرِه ويَملك الغيرُ منافعَه، وما الفرق بين الأعيان والمنافع في هذا؟ وهل يجوز أنْ يقال: لمَّا كان الناس ضربين؛ مالك لمنفعة غيره وضرب آخر منفعته مملوكة لغيره؛ وجب أن لا يصحَّ مَن منفعتُه مملوكة أنْ يَملك منافع غيره، كما لا يصحُّ مَن رقبتُه مملوكة أنْ يَملك رقبةَ غيره؟

ويقال له: هل [هذا][1] إلا قياس مَن قال: وجدت الناس على ضربين؛ حر وعبد، فلمَّا استحال أنْ يكون الحرُّ عبدا استحال أنْ يكون العبد حرًّا، فما ينفصل به عن موضوع هذا القياس دون ادِّعاء الإجماع على خلاف حكمه هو فصلنا في هذا الموضع.

ويقال له: هل أوجب كونه مملوكا انتفاء استباحته كما وجب انتفاء تمليكه، وما الفصل ممَّن قال: وجدت الناسَ على ضربين؛ مالك ومملوك، فلمَّا استحال أنْ يحظر على المالك استباحة الفَرْج استحال أنْ يحلَّ للمملوك استباحته؟

ويقال له: أتزعُم أنَّ كل صفةٍ استحقَّها المالك فيستحيل أنْ يستحقَّها المملوك، وأنَّ كل صفةٍ استحال أنْ يوصف في غيره بنقيضها.

(1) زيادة يقتضيها السياق.

فالأول لا يصير إليه؛ لأنه يوجب أنْ لا يجوز للعبد أنْ يتزوَّج ولا يلبس؛ فلا يشارك الحرَّ في شيء مِن ذلك.

والثاني إنْ صار إليه لزمَه أنْ يكون مَن مُلكت منافعُه استحال أنْ يَملك منافع غيره، وأنْ لا يستبيح فرجَ أمَتِه كما تَستبيح المرأة فرجَ عبدها، وذلك باطل.

ونكتة هذا الفصل: أنَّ معنى الحرية يُنافي المِلك؛ لأنَّ معناها أنْ لا ملك لأحدٍ عليه، فليس معنى أنه مملوك أنه لا يَملك، وأنَّ معناه أنَّ غيره يَملك التصرُّف فيه، وهذا لا ينفي أنْ يملك.

قال: ولأنه لو كان مالكا جائز القول لنفذ تصرُّفه في جميع جهات التصرُّف مِن الهبة والوصية والعتق كسائر المالِكين، ألا تَرى أنَّ كل مالكٍ لم ينفذ تمام تصرُّفه إنما لا ينفذ لمعنى يعود إلى اليد أو إلى ملكه، فلو كان ملك العبد صحيحا ثابتا -وهو جائز القول- لجاز تصرُّفه فيه مِن جميع الجهات.

يقال له: لِمَ زعمتَ هذا؟ وما أنكرت أنَّ الملك على ضربين؛ مِلك كامل ومِلك ناقص:

فالملك الكامل؛ هو الذي نفذ تصرُّف المالك فيه مِن جميع الجهات.

...[1]؛ بل مِن جهات [و/ 328] مخصوصة أو على وجه مخصوص.

أوَ ما تعلم أنَّ مِن قولنا وقولك أنَّ الإنسان يَملك مُكاتبَه، ولا يجوز تصرُّفه

---

(1) الظاهر أن في (ع) سقطا يعلم من عدم الترابط، وتقدير الكلام: (والملك الناقص هو الذي لم ينفذ تصرف المالك فيه من جميع الجهات؛ بل من جهات ...).

فيه بهبة ولا صدقة ولا بيع، وكذلك مدبَّره وكذلك أم ولده، أفيحصل مِن هذا أنَّ ملك الحرِّ على هذه المملوكات لا يصحُّ مِن حيث كان تصرُّفه فيها على كل الجهات لا يمكن، فليس العبد بآكد ملكا مِن الحر؟

ويقال له: لا يمتنع أنْ يتعلَّق بالإنسان حقٌّ في ملك غيره يمنعه التصرُّفَ فيه لأجله، كالمفلس الذي قد تعلَّق حقُّ غرمائه بماله، فلهم منعه مِن بيعه وهبتِه وإتلافِه، وكذلك المريض له أنْ يُخرج ماله على غير وجه المحاباة.

فعُلم مِن هذه الجملة أنَّ نقصان التصرُّف لا ينفي صحَّة الملك، وإنما ينفي كماله وإطلاقه، وليس إذا كان الملك ناقصا خرج عن أنْ يكون ملكا، ولا مِن شرطه كمال التصرُّف، وإذا كان كذلك؛ بطل ما قالوه.

ثم قال: وأمَّا قوله تعالى: ﴿إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: 32] فإنَّ فيه إضمارا، ويحتمل أنْ يغنيهم بالمال وبغيره، والمضمَر في الثاني هو المضمر المتقدِّم وهو النكاح، فكأنه قال: يغنيهم بالنكاح، بمعنى أنهم استغنوا به عن الزنى.

يقال له: إنك لم تَردَّ استدلالنا على الآية، وإنما موضع تعلُّقنا منها هو أنَّ الله تعالى وصف العبيدَ والإماءَ بالفقر والغنى، وذلك مِن صفات المالكين؛ لأنه إنْ جاز أنْ يوصف بالفقر والغنى مَن يَستحيل عليه الملك جاز أنْ توصف البهائم بذلك، فلمَّا لم يصحَّ ذلك؛ عُلم أنَّ العبيد ممَّن يَصحُّ عليهم الملك.

وإذا تقرَّر هذا؛ فحمله ذلك على النكاح -فكأنه قال: يغنيهم بالنكاح عن الزنى- باطل مِن وجوه:

أحدها: أنَّ المتزوج لا يوصف بأنه غنيٌّ على تأويل أنه غني عن الزنى، ولا غير المتزوج يوصف بأنه فقير؛ لأن إطلاق اسم «الفقر» و«الغنى» لا يُعقل منه إلا بالمال فقط.

يبيِّن ذلك أنَّ القائل مِن أهل اللغة والشرع إذا قال: «فلان فقير وفلان غني»؛ لم يفهم منه إلا المال، وعلى ذلك حملت الأُمَّة قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾ [التوبة: 60]، وقوله ﷺ: «أمرتُ أنْ آخذ الصدقةَ مِن أغنياكم وأردَّها في فقرائكم»[1].

وعلى أنه ليس إطلاق اسم «الغنى» مأخوذا مِن الاستغناء على الإطلاق، بل هو مأخوذ مِن الاستغناء بشيء دون شيء، كما أنَّ اسم «الحاجة» إذا قيل: «فلان محتاج»؛ مقصور على حاجةٍ دون حاجة.

ويقال له: هَبْنا سلَّمنا لك أنَّ الغنى قد يُراد به الاستغناء، فلسنا نسلِّم أنَّ الغنى إذا ورد في مقابلة الفقر [لا][2] يُراد به إلا الغنى بالمال فقط، ولا يفهم

---

(1) لم أهتد إليه بهذا اللفظ مسندا، وورد من حديث معاذ بن جبل بلفظ: «أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم» رواه البخاري (1395) ومسلم (19)، وروى البخاري (63) نحوه من حديث أنس بن مالك في قصة الرجل الذي دخل المسجد، وفيه أنه سأل النبي ﷺ: أنشدك بالله، آلله أمرك أن تأخذ هذه الصدقة من أغنيائنا فتقسمها على فقرائنا؟ فقال النبي ﷺ: «اللهم نعم».

(2) زيادة يقتضيها السياق.

منه إلا ذلك، ألا ترى أنه يقال: «هو غني عن الزنى بالنكاح»، ولا يقال لمَن لا زوجة له معه مائة ألف دينار: «إنه فقير» على وجه.

فيقال له: قد قال الله تعالى عقيب هذه الآية: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: 33]، فخبِّرنا عن الغنى في هذا الموضع؛ هل هو الغنى بالنكاح أو بالمال الذي يَصلون به إلى النكاح؟

قيل له: بما أنكرتَ أنْ يكون المراد بالغنى مِن قوله: ﴿يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: 33] أنْ يكون بالمال؟

فإنْ قال: بالنكاح.

قيل له: إنَّ الغنى ورد في مقابلة قوله: ﴿لَا يَجِدُونَ﴾؛ وقد علمنا أنَّ الإنسان لا يعدم مَن ينكحه ما دام في البلدان وبين الناس، وإنما يعدم الذي يجد به النكاح، وهذا يبيِّن أنَّ المراد بالغنى هو غير النكاح في الآيتين جميعا.

قالوا: ولو ثبت أنَّ الغنى المراد به المال كان الغنى لا يعبَّر به عن الملك؛ لأنَّ مَن أباح طعاما لغيره فهو مستغن به عن مسألة الغير، وإنْ لم يملكه، ويقال: «أغنى فلانٌ [و/329] فلانا اليوم» إذا أمكنَه مِن الطعام الذي يستغني به عن مسألة الغير.

يقال له: لسنا نخالفك في [أنَّ][1] الغنى قد يُراد به غير المال بتقييد وقرائن، ولكن الخلاف في إطلاقه وموضوعه، ومَن أباحه الغير طعامه [فلا][2] يُقال

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في (ع): (ولا)، والمثبت أليق بالسياق.

له: «إنه غني» على الإطلاق، وإنما يُقال: «غني عن أنْ يسأل قوتَ يومه»، فيقيَّد ذلك بما به استغنى.

ولذلك قال ﷺ: «أغنوهم عن الطلب[1] في هذا اليوم»[2] فقيَّد الغنى، فلو قال: «أغنوهم» وأطلَقَ؛ لاقتضى أنْ يُدفع إليهم مِن المال ما ينتفي معه عنهم اسم الفقر والمسكنة.

وعلى أنَّا [إذا][3] منعنا الوصف لمَن أباحه الغير طعامه بأنه «غني» لجاز؛ لأنَّ ذلك اتِّساع وتشبيه بالغنى بالمال.

وإنما منعنا قولنا: «إنه غني؛ إنه غير محتاج إلى الزنى وإلى مسألة غيره»، والشبعان الذي لا يحتاج إلى طعام مستغنٍ عن مسألة الغير، وإنْ لم يجد شيئا، ولا يوصف بأنه غني.

وعلى أنَّ هذا يوجب أنْ يوصف كل مَن حصل على صفةٍ استغنى بها عن صفة أخرى بأنه «غني»:

فيوصف مَن لا حاجة به إلى البول بأنه غني.

وكذلك مَن لا حاجة به إلى حلق شعره أو إلى لبس أكثر ممَّا عليه بأنه غني.

---

(1) في مصادر التخريج: «الطواف».

(2) أخرجه ابن زنجويه في الأموال (2397)، وابن عدي في الكامل (8/ 320)، والدارقطني في السنن (2133)، والبيهقي في الكبرى (7739) من حديث ابن عمر، قال ابن عبد الهادي في التنقيح (3/ 102): «راوي هذا الحديث أبو معشر، ولا يحتج بحديثه».

(3) زيادة يقتضيها السياق.

وعلى هذا؛ لا يَبقى أحد لا يحتاج إلى شيء إلا ويوصف بأنه «غني» على معنى أنه لا يحتاج إلى ما هو غني عنه، وذلك باطل، فبطل ما قالوه.

ثم قال: لا تعلُّق لهم بقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: 25] لأنَّ الآية تفيد المهر، وقد اتَّفقوا أنَّ المهر يكون لمولاها.

يقال له: متى اتَّفقوا على هذا، وعندنا أنَّ المهر لها ومالٌ مِن مالها، وأنَّ السيِّد لا يملكه إلا بالانتزاع، وقد نصَّ مالك -رحمه الله- على هذا.

ووجه استدلالنا مِن الآية: أنه تعالى أضاف الأجور إليهنَّ، وذلك يفيد الملك.

ثم ذَكَر ظواهر لنا لا نحتجُّ بها، وأجاب عنها، ولسنا نرضى التعلق بها، فلذلك لم نذكرها.

والذي نعتمده مِن الظواهر [مما][1] لم يذكره قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْاْ أَنَّا خَلَقْنَا لَهُم مِّمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَآ أَنْعَـٰمًا فَهُمْ لَهَا مَـٰلِكُونَ﴾ [يس: 71] فنصَّ على أنهم يملكونها، ولم يخص حرًّا مِن عبد؛ لأنَّ هذا التنبيه والتقرير هو لجملة المكلفين، فالعبد داخل فيه كالحر.

ثم قال: ولا معنى لقولهم إنَّ العبد حيوان مكلَّف كالحر، قال: لأنَّ الملك وغيره سواء.

وهذا الاعتلال لا أعرفه لأصحابنا بهذه العبارة، والذي نختاره أنْ نقول: لأنه حي مِن جنس يصحُّ تكليفه كالحر.

ثم لو قلنا: إنه حيوان مكلَّف لم نُرِد بالمكلَّف عينه، وإنما نرجع به إلى

---

(1) في (ع): (ما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

الجنس فَرْقا بينه وبين البهائم.

ثم قال: ولأنَّ الحرَّ أصل لنا، وهو أنه لمَّا جاز أنْ يَملك بالإرث جاز أنْ يَملك بغيره، ولمَّا لم يَجُز في العبد بأحد السببين لم يَجُز بالسبب الآخر.

يقال له: لِمَ زعمتم هذا؟ وهل يجب إذا ثبت حكمٌ في نوع مِن الجنس لا يصح إلا أنْ يثبت في جميعه؟ وما أنكرت مِن صحة ملكه ببعض أسباب الملك دون بعض؟ هذا في الأصول غير ممتنع؛ لأنَّ الغني يَملك بالهدية ولا يَملك بالصدقة الواجبة، وذلك نوعٌ ممَّا يملك به.

ويقال له: قد رضينا بالميراث أصلا، وهو أنَّا وجدنا الإرث يتنوَّع أنواعا كما أنَّ أسباب الملك تتنوَّع، ثم وجدنا بعضَ الورثة يرث بنوعٍ منها ولا يرث بالآخر، كالنساء يرثنَ بالرَّحم ولا يرثنَ بالتعصيب، ويرثنَ بالنَّسَب ولا يرثنَ بالولاء، وكذلك لا نُنكر أنْ يَملك العبد ببعض أسباب [و/330] الإرث دون بعض.

ثم قال: لا يجوز قياس سائر الأملاك على جواز النكاح؛ لأنَّ فيه رفعَ حظرٍ ثابت لحقِّ الله عز وجل -يريد الزنى-، وما كان مِن هذا الطريق فيجوز ثبوته للعبد، وفي مسألتنا طريقه التمليكات، وذلك يختلف فيه الحر والعبد كالمواريث.

يقال له: إذا كان علة جواز نكاح العبد عندك أنَّ فيه رفع حظرٍ ثابت لحقِّ الله تعالى؛ فقد وجدنا لرفع هذا الحظر في الشرع طريقين، وهما النكاح

والوطء بالملك، فلِمَ قصرتَه على أحد الأمرين؟

[وما][1] الفصل ممَّن قال: لمَّا جاز أنْ يستبيح الفرج بالنكاح جاز أنْ يَملك كالحر.

أو نقيس استباحة الفرج بالملك على استباحته بالنكاح فنقول: لأنه أحدُ نوعي استباحة البُضع في الشرع، فكان للعبد منه مثل ما للحر؛ أصله: الاستباحة بالعقد.

ثم قال: ولأنَّ النكاح أصل لنا، وهو أنه لمَّا جاز أنْ يَملك استباحة بُضعها لم يَملك المَولى الرجوع فيه ولا إبطاله عليه.

يقال له: هذه المسألة مبنية على أصلنا ولا تجيء على قولك، وذلك غير سائغ لك؛ لأنَّ الكلام في أنَّ للسيِّد الرجوع أو ليس له ذلك فرع مِن فروع صحَّة ملك العبد، فلا يجوز للخصم أنْ ينازع بما لا يصحُّ إلا على مذهب خصمه.

ثم الجواب عنه: أنَّ جواز انتزاع السيِّد مال العبد يدلُّ على ضعف ملكه، ولا يدلُّ على استحالته، ألا ترى أنَّ للأب أنْ يرتجع ما وهَبَه لابنه على صحَّته، ولم يدل ذلك على أنَّ ملكه مستحيل.

وأمَّا النكاح؛ فلا يصح مِن السيِّد تمليكه إيَّاه وإنما يصحُّ منه الإذن له، فلذلك لم يَملك فسخه، وسائر التمليكات يصحُّ أنْ يملكه إيَّاها وإنْ لم يأذن له.

وأيضا فلأنه إذا أذن له في النكاح فقد تعلَّق بذلك حقُّ الغير فلم يجز

---

(1) في (ع): (وأما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

الرجوع فيه؛ لأنَّ في ذلك إبطال حقِّ الغير.

ألا ترى أنه إذا أذِنَ له في قبول الوصية لم يكن له الرجوع؛ لأنَّ في ذلك إبطال حقِّ الغير؛ وإنما ثبت له الرجوع فيما ينفرد به.

ألا تَرى أنَّ مِن قولنا: أنه لو أذِنَ له في الشراء لم يكن له فسخه؛ لأنَّ في ذلك إبطال حقِّ الغير؛ كذلك في النكاح.

ثم تكلَّم على أنه لا يجوز أنْ يستدلَّ بقوله ﷺ [في][1] هدية سَلْمان[2] على أنه كان مالكا، قال: لأنَّ للمملوك أنْ يتصدَّق باليسير مِن مال سيِّده.

وهذا غير مسلَّم له.

قال: ولأنَّ سلمان كان مكاتَبا.

وهذا أيضًا غير مسلَّم؛ لأنَّ المكاتَب ليس له أنْ يتصرَّف في ماله بغير معاوضة إلا عن إذْنِ السيِّد.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة (22405)، وأحمد (22997)، والبيهقي في الكبرى (21625) من طريق عبد الله بن بريدة عن أبيه، أن سلمان -رضي الله عنه- لما قدم المدينة أتى رسول الله ﷺ بهدية على طبق، فوضعها بين يديه، فقال: «ما هذا يا سلمان؟» قال: صدقة عليك وعلى أصحابك، قال: «إني لا آكل الصدقة»، فرفعها، ثم جاءه من الغد بمثلها، فوضعها بين يديه، فقال: «ما هذا؟» قال: «هدية لك» قال: فقال رسول الله ﷺ لأصحابه: «كلوا»، قال: «لمن أنت؟» قال: لقوم، قال: «فاطلب إليهم أن يكاتبوك»! قال: فكاتبوني على كذا وكذا نخلة أغرسها لهم، ويقوم عليها سلمان حتى تطعم، قال: ففعلوا، قال: فجاء النبي ﷺ فغرس النخل كله إلا نخلة واحدة غرسها عمر -رضي الله عنه-، فأطعم نخله من سنته إلا تلك النخلة، فقال رسول الله ﷺ: «مَن غرسها؟» قالوا: عمر، فغرسها رسول الله ﷺ من يده، فحملت من عامها.

قال الذهبي في المهذب (8/ 4348): «إسناده حسن».

هذه جملة ما أوردَه في هذه المسألة، قد تكلمنا على جميعه، وأطلنا بما لا يحتمله الكتاب، وقد بقيت له عُمد مِن الأدلة لم نذكرها:

منها [أن][1] **نقول**: إنَّ الرق حالٌ مِن أحوال الحي فلم يمنع الملك؛ أصله: سائر الأحوال؛ لأنه ليس في أحوال الإنسان حالٌ إلا ويصحُّ أنْ يملك فيها.

ومنها أنْ نقول: كل حالٍ صحَّ أنْ يملك الإنسان إذا زالت عنه صحَّ أنْ يملك وإنْ لم تزل عنه؛ كحال الصِّغر والجنون.

ومنها أنْ نقول: لأنَّ كل شخصٍ صحَّ أنْ يملك في حالٍ صحَّ أنْ يملك في كل حال؛ أصله: الحر؛ عكسه: البهائم.

ومنها أنْ نقول: إنَّا وجدنا استحالة الملك في الأصول إنما يرجع إلى عين الشخص لا إلى صفة يكون عليها كالبهائم، فلمَّا كان العبد عينه قابلةً للملك؛ بدليل أنه يَملك إذا زال الرقُّ عنه دلَّ على أنَّ ملكه غيرُ مستحيل.

وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

[و/331] **قال -رحمه الله-**:

(ولا بأسَ بشِرَاءِ ما في العِدْلِ[2] **على البَرْنامَجِ**[3] **بصفةٍ معلومةٍ).**

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) العِدل: نصف الحِمْل يكون على أحد جنبي البعير، وقال الأزهري: العِدْل اسم حِمل مَعدولٍ بحِمْل، أي: مُسَوًّى به، والجمع: أَعْدال وعُدُول. لسان العرب (11/ 432).

(3) البَرْنامج: بفتح الميم -وقيل بكسرها، وقال عياض: الأول أشهر- مُعرَّب: بَرْنامَهْ، أصلها فارسي، الورقة الجامعة للحساب، وهو ما يكتب فيه التجار من أعداد المتاع والصفات والأثمان. مشارق =

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

هذا نحو بيع الغائب على الصفة، [وذلك][1] جائز عندنا.

وإذا جاء على الصفة لزم المبتاع، ولا خيار له.

وعند الشافعي أنه غير جائز[2].

فدليلنا:

قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: 275] وسائر الظواهر الدالة على إباحة البيع.

ولأنَّ الصفة عندنا تقوم مقام الرؤية على ما بيَّناه في مسألة بيع الغائب بالصفة[3]، والكلام في هذه المسألة مبنيٌّ على ذلك.

وقد ذكر مالك -رحمه الله- أنَّ ذلك إجماع أهل المدينة، وذلك عندنا حجَّة إذا كان عملا متَّصلا.

فإنْ قالوا: عدم العلم بما في الوعاء مِن الثياب يمنع بيعه؛ أصله: بيع الثوب المطوي في جرابه.

قلنا: لا نسلِّم أنَّ العلم به معدوم إذا وصف؛ لأنه يُعلم عندنا بالصفة كما يعلم بالرؤية.

وعلى أنَّ البياعات في الأصول جائزةٌ بحسب ما تدعو الحاجة إليه.

الأنوار (برن)، تاج العروس (برنمج).

(1) في (ع): (كذلك)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) الأم (7/ 232).

(3) ينظر ما تقدم (ص: 221).

ألا تَرى أنَّ الغَرر اليسير إذا دعت الحاجةُ إليه يجوز في البيوع ولا يجوز إذا لم تَدعُ إليه حاجة.

وصاحب الثوب المدرج لا حاجة به إلى بيعه في جرابه؛ لأنه لا مشقَّة في نشره ولا كُلفة كما على صاحب البَرْنامَج؛ لأنَّ صاحب الأعدال الكثيرة لو نشرَها وقلَّبها على المشتري للحِقَه في ذلك مِن الكلفة والتعب في الطيِّ والنَّشر والحل وتكثير[1] المتاع بذلك ما لا خفاء به[2].

وقد بيَّنا أنَّ الكلام في ذلك مبنيٌّ على بيع الغائب بالصفة ومرتَّب عليه.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا يجوزُ شراءُ ثوبٍ لا يُنشَرُ ولا يُوصَفُ، أو في ليلٍ مُظلِمٍ لا يَتَأمَّلانِه ولا يَعرِفا ما فيه، وكذلك الدَّابَّةُ في ليلٍ مُظلِمٍ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لنهيه ﷺ عن بيع الغَرر[3]، وهذا غَرر؛ [لأنه][4] غير معلوم لبائعه ولا لمشتريه، لا برؤية ولا بصفة[5]، وبيع المجهول غَرر، ومِن ذلك بيع الملامسة

---

(1) في بعض روايات شرح الرسالة للفاكهاني: (وتكسير).

(2) نقله الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 227-228).

(3) أخرجه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة.

(4) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني، وشرح صالح الهسكوري على الرسالة.

(5) نقله إلى هذا الموضع عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [59/ ب-أزهرية].

والمنابذة، وهذه في معناها[1].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَسُومُ [أحدٌ][2] على سَوْمِ أخِيهِ، وذلك إنْ رَكنَا وتَقارَبَا لا في أوَّل التَّسَاوُمِ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لقوله ﷺ: «لا يَسُوم أحدٌ على سَوْمِ أخيه»[3].

وقوله: «لا يبيعُ بعضُكم على بيع بعضٍ»[4].

والمعنى في ذلك [5] أنه ذريعة إلى الإفساد على الناس، والتطرُّق على أذيتهم[6].

والكلام في هذا وفي خِطبة الإنسان على خِطبة أخيه واحد، وقد ذكرناه في النكاح[7].

---

(1) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 228).

(2) زيادة من متن «الرسالة».

(3) أخرجه البخاري (2727)، ومسلم (1515) من حديث أبي هريرة.

(4) أخرجه البخاري (2165)، ومسلم (1412) من حديث ابن عمر.

(5) في شرح الرسالة للفاكهاني زيادة: (بمعنى النهي).

(6) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 231).

(7) ينظر ما سبق (7/ 159).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(والبيعُ يَنعقِدُ بالكلام، وإنْ لم يَفْتَرِقِ المُتَبايِعانِ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ إذا تواجبا بالقول فقد ثبت البيع بينهما وخيار المجلس [باطل][1] غير ثابت، هذا قولنا وقول أبي حنيفة[2].

وقال الشافعي: لهما الخيار بمقتضى العقد ما داما في المجلس[3].

والذي يدلُّ على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾[المائدة: 1].

وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29]؛ فأباح أكلَ المال بالتجارة، وهذا تجارة.

ورُوي عن عمر -رضي الله عنه- أنه قال -حين وضع رجله في الركاب بحضرة الجماعة-: «إنَّ الناس قائلون: ماذا قال عمر؟ وإنَّ البيع [صفقة][4] أو خيار»[5]؛ فلو كان خيار المجلس ثابت لم يصح التقسيم.

---

(1) في (ع): (بأصل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) التفريع (2/ 115)، التجريد للقدوري (5/ 2225).

(3) الحاوي الكبير (5/ 30).

(4) في (ع): (صفة)، والمثبت من مصادر التخريج.

(5) أخرجه عبد الرزاق (14273)، وابن أبي شيبة (23024)، والبيهقي في الكبرى (10454) بنحوه، وقال البيهقي: «وقد ذهب كثيرٌ من أهل العلم إلى تضعيف الأثر عن عمر».

ولأنه عقد معاوضةٍ؛ فوجب أنْ يلزم بمجرَّد القول، أو فلم يثبت فيه خيار المجلس، أصله: النكاح [و/332] والكتابة.

فإنْ قيل: إنَّ المقصد مِن النكاح أعيان المتناكحين دون المال، ألا تَرى أنه يصحُّ مع [عدم][1] ذكر المال، ولا يصح مع عدم ذِكر أعيان المتناكحين حال التزويج، والبيع لا يصحُّ مع [عدم][2] ذِكر المال، ويصحُّ مع عدم ذكر أعيان المتبايعين، وإذا كان كذلك؛ فالخيار إنما يثبت فيما يقصد منه المال دون ما لا يقصد منه ذلك، ألا تَرى أنه لا يثبت فيه خيار الثلاث.

وربما قالوا: إنَّ الخيار وُضع لاستدراك غَبْن[3]، والنكاح ليس بموضوع على التغابن، فاستغني عن المعنى الموضوع لاستدراك الغَبْن، بدليل امتناع خيار الشرط فيه، والبيع موضوعٌ على التغابن، وكان قابلا للمعنى الموضوع لاستدراك الغَبن.

فالجواب: أنَّ ما قالوه لا يمنع ثبوت الخيار في النكاح؛ لأنَّ موضوع الخيار لتأمُّل المعقود عليه، وهل تحصل المنفعة [والمقصود][4] لاستباحتها، وليس لا يثبت ذلك إلا في المال، بل يثبت فيما وصفناه؛ كان مالا أو غير مال، إلا أنه يثبت فيه خيار الردِّ بالعيوب، وكذلك للمرأة في

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) قال الجوهري: الغَبْنُ بالتسكين في البيع، والغَبَنُ بالتحريك في الرأي. الصحاح (غبن).

(4) في (ع): (والمعقود)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

الخَصي أو العِنِّين[1]، فقد ثبت أنَّ النكاح يقبل الخيار في الجملة، وأنَّ كون موضوعه على ما ذكروه لا يمنع ذلك، وإنْ كان للبيع مزيةٌ عليه، وعلى أنَّ هذا لا يتأتَّى في خيار المجلس؛ لأنَّ مدَّته تطول وتقصر فلا يمكن الوصول إلى استدراك الغَبن في مدَّته، وليس يجوز أنْ يوضع الخيار لمعنى لا يمكن تحصيله فيه.

وفي قولهم: إنَّ المجلس في المبيعات كلها يتعلَّق الخيار به على حدٍّ واحد مع تفاوت الغَبن فيها؛ دليل على بطلان ما ادَّعوه.

فإنْ قيل: فإنَّ الكتابة لا تَقبل موضع الخيار؛ لأنه موضوع لاستدراك غبن، والكتابة مبنيَّة على الغبن؛ لأنَّ السيِّد يعلم أنه لا حظَّ له فيها، فلم يكن لإثبات الخيار فيها معنى، والعبد يثبت له الخيار على التأبيد؛ لأنه يعجز نفسه متى شاء، وليس كذلك البيع؛ لأنَّ في ثبوت الخيار فيه فائدة، لينظر المبتاع ما ابتاعه ويتأمَّله ويستدرك غبنا إنْ كان لحقَه؛ فثبت بذلك فيه.

فالجواب: أنَّا لا نسلِّم أنَّ الكتابة موضوعة على الغَبن، وأنَّ السيِّد يَعلم أنه لا حظَّ له فيها؛ لأنَّ وجوه الحظوظ مختلفة:

فقد يكون للعبد الكثير الإباق الذي لا يرغب فيه؛ فيرى السيِّد أنَّ الحظَّ له في كتابته.

وكذلك فقد يكاتب على نفسه بما لا يصل إليه السيِّد مِن جهة غيره.

---

(1) الخصي: زوال الأنثيين قطعًا أو سَلًّا، قال عياض: ويطلقه الفقهاء على مقطوع أحدهما. والعِنِّين: ذو ذَكَر لا يمكن به جماعٌ لشدة صغره أو لدوام استرخائه. شرح حدود ابن عرفة (ص: 168).

وعلى أنهم إنْ أرادوا أنَّ موضوع الكتابة في الأصل لا حظَّ فيها للسيِّد؛ فكذلك خيار المجلس ليس يثبت لاستدراك غَبن؛ لأنَّ مدَّته تقصر عن تبيين الغبن، وإنما يثبت مِن طريق الحكم لئلا يلزمه البيع بمجرَّد القول.

فإنْ زعموا أنه قد يقف منه على الحظ؛ فكذلك في الكتابة.

وما ادَّعوه مِن أنَّ للعبد أنْ يعجز نفسه؛ فلا نسلِّمه أيضًا، لأنه ليس له ذلك مع القدرة على الأداء.

قياس آخر: لأنَّ خيار المجلس لو كان ثابتا [لَثَبَتَ][1] مِن جنسه بعد الافتراق؛ كخيار الشرط والرد بالعيب.

وإنْ شئت حرَّرته فقلت: كل خيار لا يثبت بعد الافتراق لم يثبت ما هو مِن جنسه قبل الافتراق؛ أصله: خيار نقصان القيمة.

فإنْ قيل: المعنى في الأصل -وهو خيار المغابنة- أنه لا يثبت مِن جنسه بالشرط؛ فلم يَجُز أنْ يثبت بالعقد، وليس كذلك خيار المدَّة؛ [و/333] لأنَّ مِن جنسه ما يثبت بالشرط فجاز أنْ يثبت بالعقد.

قيل له: هذا دعوى؛ لأنَّ خيار الشرط ليس مِن جنس خيار المجلس؛ لأنَّ خيار الشرط لتأمُّل حال المَبيع، ولذلك لم تُضرب عندنا فيه مدَّة، بل كان على حسب حال المَبيع وما يحتاج إلى مثله فيه، وخيار المجلس قد بيَّنا أنه لا يفيد هذا المعنى، فلم يصح أنْ يُقال: إنه مِن جنسه.

استدلال آخر: وهو أنَّا قد اتَّفقنا على أنَّ أحدهما إذا خيَّر الآخر فقال:

---

(1) في (ع): (لبينت)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

«اخترتُ إمضاء البيع»، فإنَّ الخيار ينقطع، وليس يفيد هذا القول إلا ما أفاد العقد؛ لأنه يفيد إمضاء العقد والرضا به، وذلك موجودٌ منهما حال العقد؛ لأنهما ما تبايعا إلا وهما راضيان بالعقد.

وإذا كان كذلك؛ فلا معنى لانتظار رضا ثان.

[فكل](1) خيارٍ لم يُفد إلا ما أفاد نفس العقد، ولم يُستفد به معنى آخر فإنه باطل غير ثابت.

فإنْ قيل: فيه فائدة لم تكن موجودة حال العقد، وهي أنَّ إجازة البيع إبطال ما قد ثبت له مِن حقِّ الفسخ، فلذلك لزمَه البيع، ولم يكن له أنْ يفسخه مِن بعدُ إلا بعيبٍ يجده، ولا يمكن أنْ يجعل رضاه بالعقد وقبولَه للبيع إبطالا منه لحقِّ الفسخ؛ لأنَّ خيار الفسخ لم يَثبت له، وإنما ثبت له بعد البيع، فإبطال ذلك بعد البيع بمنزلة قول المشتري حين يطَّلع على العيب: قد اخترتُ البيع، فيكون معناه: أبطلتُ حقِّي مِن الفسخ.

فالجواب: أنَّ هذا خلافٌ في عبارة؛ لأنه ليس [يوجب](2) قوله: «أبطلت حقِّي»؛ أكثر مِن الرضا بما اشتراه، كما أنَّ قوله لمَّا اطَّلع على العيب: «اخترتُ البيع»؛ معناه: «رضيتُ به مَعيبا»، فلمَّا كان هذا الرضا غير موجودٍ حال العقد احتيجَ إليه بعده، ولو علم به حال العقد لم يحتج إليه بعده.

فإنْ قيل: ليس إذا رضي بالتمليك حال العقد وجب أنْ يلزم العقد وينتقل

(1) في (ع) ما صورته: (قيل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (يجب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

الملك إلا أنْ يوجد الشرط الذي قَرَّرَته الشريعة، وهو خيار المجلس، كما أنَّ العقد يوجد في الهبة ثم لا يلزم إلا بالقبض؛ لأنه شرطها في الشرع.

قيل له: فإنما خلافنا في أنَّ هذا شرطا أم لا؟ فإذا أثبتم أنه شرط؛ حينئذٍ تمَّ لهم ما قالوه.

استدلال آخر: وهو أنَّ الخيار لو كان ثابتا بمقتضى العقد لكان نفس العقد مقتضيا لبعضه، ويجوز فسخه، وذلك يقتضي موجبه؛ لأنَّ موجب العقد هو التمليك والإمضاء؛ فلا يجوز أنْ يقتضي بنفسه ما ينفي هذا المعنى.

فإنْ قيل: هذا باطل بالعقود الجائزة كالوكالة والحَمَالة[1] وغيرها؛ لأنها مقتضية للفسخ.

قيل له: ليس كذلك؛ لأنَّ موضوعها ليس هو اللزوم فلم تكن مقتضيةً لضدِّ موضوعها، ولكن يمتنع ما قلناه في العقود اللازمة كالبياعات وغيرها.

فإنْ قيل: لو كان ذلك يُنافي موضوعه لم يصح اشتراطه، كما لا يصحُّ أنْ يشترط منع التسليم والتمليك.

قيل له: ليس موضوع خيار الشرط للفسخ فقط، وإنما هو للتأمُّل والتبيين، والعقد لا ينفي هذا، بل هو مِن موجبه؛ لأنه ينفي الغَرر، ألا تَرى أنَّ بيع الملامسة لا يصحُّ لوقوعه على ما ينفي هذا.

وعلى أنه ليس يمتنع ألا يقتضي للعقد ثبوت الخيار بنفسه لكونه ممَّا ينافيه، ويثبت ذلك بالشرط؛ لأنه إذا ثبت بالشرط فقد ثبت بمعنى زائد عن

(1) الحَمَالة -بالفتح-: ما يَتحمَّله الإنسان عن غيره من دِيَة أو غَرامة. النهاية (حمل).

العقد، ونحن لا نمنع هذا.

ويفارق ذلك إذا شرط منع التسليم والتمليك؛ [و/ 334] لأنَّ اشتراط ذلك يقتضي وقوع العقد على وجه ينافيه [الشرط][1]، وهو الغَرر وغيره.

فأمَّا إنْ شرط في العقد ما ينافيه إطلاقه ولا يقتضي اشتراطه فيه شيئا مِن ذلك؛ فإنه جائزٌ مثل شرط الأجل في الثمن، وإنْ كان الإطلاق يفيد النقد.

استدلال آخر: قال أصحابنا: ولأنَّ خيار المجلس لو كان مِن مقتضى البيع لم يَجُز أنْ يقع على وجهٍ يمتنع فيه، فكان لا يصحُّ للوصي أنْ يشتري مِن يتيمه أو يبيع منه، وكذلك في الأب لابنه لامتناع أنْ يفارق الإنسان نفسَه، فلمَّا لم يمتنع ذلك؛ بطل ما قالوه.

واعترضوا على هذا بأنْ قالوا: يصحُّ ذلك بأنْ يمشي [عن][2] مكانه الذي عقد فيه البيع قليلا.

وهذا لا يصح؛ لأنه بذلك الفعل ليس بمفارقٍ لنفسه.

واحتجَّ مَن خالفنا بقوله ﷺ: «البيِّعان بالخيار ما لم يفترقا»[3]، ورُوي: «المتبايعان»[4]، ورُوي: «[أو يقول][5] أحدهما لصاحبه: اخْتَر»[6].

(1) في (ع): (الشرع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (على)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) أخرجه البخاري (2079)، ومسلم (1532) من حديث حكيم بن حزام.

(4) أخرجه البخاري (2111) من حديث ابن عمر.

(5) في (ع): (أن يقيل)، والمثبت من صحيح البخاري.

(6) أخرجه البخاري (2109) من حديث ابن عمر.

قالوا: فلنا مِن هذه الأخبار أدلة:

أحدها: أنه يَثبت لهما الخيار بعد حصولهما متبايعين، وذلك إنما هو بفراغهما مِن التبايع؛ لأنهما ما لم يفرغا فالاسم لا ينطلق عليهما.

وإذا ثبت ذلك؛ وجب أنْ يكون المراد خيارَ المجلس، لأنه لا وجه يُحمل عليه غيره.

فالجواب: أنَّ ما ادَّعوه مِن أنَّ الاسم لا ينطلق عليهما إلا بعد الفراغ مِن البيع غير مسلَّم، بل لا ينطلق عليهما إلا حال التشاغل بالبيع؛ لأنه اسم مشتقٌّ فيقتضي ألا يقع إلا حال التشاغل به، فإذا انقطع لم يتسمَّيانه إلا على استصحاب الاسم المتقدِّم، وذلك كقولنا: «متضاربين» و«متشاتمين» و«متجادلين» أنه لا يَنطلِق على مَن تسمَّى به إلا حال التشاغل به دون حال الفراغ.

فإنْ قيل: إنَّ البائع قبل أنْ يقول المشتري: «قد قبلتُ» لا يسمَّى بائعا، حتى إذا قال المشتري: «قد قبلت» سمِّيا متبايعين، وذلك هو بعد الفراغ، فبطل حمل الخبر على ما قبل الفراغ.

قلنا: وكذلك المتضاربان إذا ضرب أحدُهما الآخر لا يسمَّيان متضاربين حتى يضربه الآخر، فإذا فرغ مِن ضربه لا يقال لهما في الحال: «متضاربين» لا ...[1]؛ وإنما يقال: «كانا متضاربين»، وهذا يؤدِّي إلى أحد أمرين:

إمَّا إلى إحالة فعل الحال؛ فإنَّا لا نعقلها.

---

(1) بياض في (ع) بمقدار كلمة.

أو إلى المناقضة.

وإنما ثبتت التسمية في الحال لمَا يدخل في باب «كان»؛ لأنَّ تسمية الإنسان بفعلٍ قد مضى منه وتقضى لا يكون إلا على معنى الاستصحاب.

يدلُّ عليه أنَّ الآكل والمصلِّي والصائم والشاتمَ وغير ذلك لا يسمَّى به إلا حال الفعل، فإذا فرغ منه دخل في باب «كان».

ولو كان الأمر على ما قالوه؛ لكان الصائم إذا فطر يسمَّى في الحال صائما وهو يأكل، ويسمَّى المصلي مصلِّيا وهو في الحال يتحدَّث ويفعل ضدَّ الصلاة، وذلك ما لا يخفى فساده.

فأمَّا تفصيلهم؛ فلا يلزم، لأنَّا قد اتَّفقنا في الجملة على أنه لابدَّ للتبايع مِن حال يقع فيها، وإنْ جهلنا وقتها على التحقيق، ألا تَرى أنه يدخل تحت «قبل» و«بعد»، وقد يضع أهل اللغة اسمًا للجُمل دون التفصيل، فلا ينتقض وضعها بأنها لا تتأتَّى على التفصيل.

فإنْ قيل: لو كان الأمر على ما ادَّعيتم لوجب ألا ينطلق على السارق اسم سارقٍ إلا حال السرقة، وكذلك الزاني والقاتل.

قيل له: كذلك نقول، [335/و] فإنْ سمَّيناه بعد تَقضِّي عمله بذلك؛ فعلى استصحاب الاسم المتقدِّم.

فإنْ قيل: فعلى هذا؛ ما أمرَنا الله تعالى بقطع سارقٍ ولا جَلْد زان.

قيل له: هذا [إن][1] توهَّم أنه لم يأمرنا بقطع مَن كان سَرق ولا جَلْدِ مَن

(1) زيادة يقتضيها السياق.

فعل الزنى؛ وذلك باطل، فنحن لا نُطلق الحقيقة لأجل هذا الإيهام.

وإنْ أراد أنه لم يأمرنا بقَطْع السارق حين وقوع الاسم عليه، وإنما أمَرَنا بذلك بعد الفراغ مِن سرقته؛ فذلك هو.

فإنْ قيل: فكذلك الزاني إنما نحدُّه في الحال التي ليس فيها بزان.

قيل له: ومَن شكَّ في هذا؛ ألا تَرى أنَّا نحدُّه في تلك الحال!

... [1] لا يقطع ولا يجلد الزاني حقيقة.

قيل له: هذا محال؛ لأنَّا إذا شهدناه على تلك الحال لم نمكِّنه مِن الفراغ منها، فلابدَّ أنْ نحدَّه في الحال [التالية][2] لها.

فإنْ قيل: هم قبل الفراغ مِن التبايع [متساوِمَان][3]، ولا يقال: متبايعان.

قيل له: قد أجاب أصحابنا عن هذا بجوابين:

أحدهما: [منع][4] ذلك:

لأنَّ التساوم هو: استعلام كل واحدٍ ما [يبتاعها][5] به وما يريدها به.

والتبايع غير هذا، وهو: حال القرب مِن العقد والإشراف على انبرامه بعد تقريب الثمن، وفي ذلك الحال إذا شرعا في الإيجاب والقبول يسمَّيان متبايعين، وقد تجاوزا حدَّ التساوم؛ لأنها حال التبايع.

---

(1) الظاهر أن في (ع) في هذا الموضع سقطا، لعله أن يقدَّر: (فإن قيل: على هذا لا يقطع ...).

(2) في (ع): (التابتة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (متساويان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (مع)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(5) في (ع): (يتبعها)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

والثاني أنْ قالوا: هما «متساومان» و«متبايعان»، ولا شيء يدفع هذا، ولهذا قال ﷺ: «لا يسومنَّ أحدُكم على سَوم أخيه»[1]، ورُوي: «لا يَبِعْ أحدُكم على بيع أخيه»[2].

قال القاضي أبو محمد ابن نصر: وأَوْلى مِن هذا عندي أنْ يقال:

قد ثبت أنَّ للبيع حالا يقع فيها؛ لأنَّ الفراغ لا يكون إلا مِن شيء كانا متشاغلين به، فإذا علمنا ذلك بالدليل في الجملة فيتعذَّر تفصيلها علينا، [لأنه][3] يوجب أنْ ينقل الاسم المشتق منها عن حقيقته، فوجب حمله على الحال التي يليها الفراغ، وهذا أوضح.

وأمَّا قولهم على هذا: إنَّ ذلك يوجب ألا يسمَّى السارق والزاني بعد تقضي فعلهما سارقا ولا زانيا، وكذلك إذا مات المؤمن أو الكافر فليس بشيء؛ لأنَّ هذه أسماء ذمٍّ ومدح، ومِن حقِّها استصحاب أحكامها.

ويقال لهم: فعلى هذا يجب أنْ يسمَّى الكافر كافرا إذا أسلم؛ لأنه قد كان منه الكفر، ولا يُراعى تركه له أو مقامه عليه، وكذلك المرتد يسمَّى مسلما؛ لأنَّ الإسلام قد وُجِد منه، وهذا خلاف [اللغة][4] والشرع.

فإنْ قالوا: كيف تصوِّرون الخيار إذا علَّقتم الاسمَ بحال التبايع؟

(1) رواه مسلم (1515) من حديث أبي هريرة.

(2) رواه البخاري (2139) ومسلم (1412) من حديث ابن عمر.

(3) في (ع): (لا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (اللعنة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

قلنا: بأنْ يكون كل واحدٍ على صاحبه بالخيار بين القَبول أو الترك، ولا يلزم حكمٌ بقول الآخر.

قالوا: والدليل الثاني:

قوله: «ما لم يفترقا»، والافتراق المراد هو بالبدن، لأمور:

منها: أنه السابق للتوهُّم عند الإطلاق.

ومنها: أنَّ مفهومه الافتراق عمَّا كانا مجتمعين عليه، وذلك هو بالافتراق عن المجلس.

ومنها: أنَّ الحقيقة هو التفرُّق بالأبدان، وما عداه مجاز.

فالجواب: أنَّ الافتراق يقع على وجوه:

منها: التفرُّق بالأبدان.

ومنها: التفرُّق بالأقوال.

ويدلُّ عليه قوله: ﴿وَلَا تَفَرَّقُواْ﴾ [آل عمران: 103]، وقوله: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾ [البينة: 4]، وقوله ﷺ: «تَفترقُ أمَّتي على ثلاثٍ [و/336] وسبعين فِرْقة»[1]، وكل ذلك بالأقوال.

فإذا ثبت ذلك:

فإمَّا أنْ نتساوى؛ فلا يكون بعضنا بحمله على ما يدَّعيه بأَوْلى مِن بعض.

أو نرجِّح، فنُبيِّن أنَّ حمله على ما قلناه أَوْلى، وذلك:

---

(1) أخرجه أبو داود (4596)، والترمذي (2640)، وابن ماجه (3991)، من حديث أبي هريرة. وقال الترمذي: «حسن صحيح».

أنه لمَّا قال: «حتى يفترقا» وجب حملُه على ما قُدِّمت الصفة له، وهو التبايع؛ لأنه قال: «المتبايعان بالخِيار ما لم يفترقا»، فظاهرُه: ما لم يفترقا عن بيعهما، كما لو قال: «المتناظران والمتضاربان اعطِهما دراهما ما لم يفترقا»؛ لكان مفهومه ما لم يفترقا عن مناظرتهما أو تضاربهما، لا عن غيره.

كذلك ما نحن فيه.

والتفرُّق بالأبدان لم يَجْر له ذِكر؛ فلم يَجُز حملُ اللفظ عليه؛ لأنه ترك الظاهر.

ووجه آخر: وهو أنه قد رُوي: «عن بيعهما»[1]، وهذا ينفي ما قالوه.

ووجه آخر: وهو أنَّ القول بأوائل الأسماء واجبٌ عندنا وعند الشافعي؛ فيَجب الأخذ بأوَّل الافتراقِ؛ كما يوجِب الأخذ بأوَّل [«الشفقَيْن»][2] و«الأبوَيْن» و«القُرْءين» و«اللَّمْسَين».

وقولهم: «إنَّ الأسْبَق إلى الوهم التفرُّق بالبدن»؛ غير مسلَّم في هذا الموضع، بل الأسبق إلى الوهم التفرُّق عمَّا كانا متشاغلين به.

ألا تَرى أنه لو قيل: «الجالسان في مكان واحد [بالخيار][3] ما لم يفترقا»؛ لفُهم منه عن الجلوس.

(1) لم أجد من ذكرها في الحديث فيما بين يدي من مراجع.

(2) في (ع): (الشقيقين)، ولعل المثبت أليق بالسياق، والمراد بالشفقين: الحمرة والبياض بعد الغروب، فكلاهما يسمى شفقا، ينظر: شرح التلقين للمازري (1/ 397).

(3) في (ع): (الخيار)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ولو قيل: «الزوجان بالخيار ما لم يفترقا»؛ لكان مفهومه عن [الزوجية][1].

وكذلك «الشريكان»؛ مفهومه عن الشركة.

فكذلك إذا قيل: «البيِّعان»؛ فمفهومه عن التبايع.

وقولهم: «إنَّ المراد التفرُّق عمَّا كانا فيه»؛ وكذلك نقول وهو عن التبايع.

وقولهم: «إنَّ حقيقة التفرُّق هو بالأبدان، وإذا قيل: بالأقوال أو المذاهب كان مجازا»؛ حُكمٌ غير مسموع، لأنَّ ظاهر الاستعمال يُعطي كونه حقيقة في جميع ما استعمل فيه إلا أنْ يَمنع منه دليل.

ولا فصل بينهم وبين مَن عكَسَ دعواهم فادَّعى أنَّه في التفرُّقِ بالأبدان مجازا، و[في][2] التفرُّقِ بالأقوال حقيقة.

ثم يقال: إنَّ حقيقة التفرُّق وهو الزوال عن الاجتماع؛ فأيَّ الاجتماع كانا عليه فإنَّ الزوال عنه تفرُّقٌ، فإنْ كانا مجتمعين على ذلك الأمر حقيقة فالتفرُّق عنه حقيقته، وإنْ كان مجازا فكذلك التفرُّق.

قالوا: والدليل الثالث:

قوله في بعض طرق الحديث: «أو يقول أحدهما لصاحبه: اخْتَر»[3] فجعل للخيار غايتين:

إحداهما: التفرُّق.

---

(1) في (ع): (الزوجة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) رواه البخاري (2109).

والأخرى: أنْ يقول أحدهما للآخر: اخْتَرْ.

وذلك لا يتمُّ إلا على ما نقوله.

والجواب: أنَّ هذا يمكن مع التفرُّق بالقول؛ بأنْ يقول البائع: «بعتُ»، ويقول للمشتري: «اخْتَر؛ فإنْ أردتَ الرُّجوعَ فارجع فإني قابل»، فيقول للبائع: «لستُ أرجع»، فإنه إذا قال ذلك لم يكن له مِن بعدُ أنْ يرجع، ولولا [ذلك][1] لكان له.

ويبيِّن ما قلناه: قوله عقيب ذلك في حديث عَمْرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه: «ولا يحلُّ له أنْ يُفارقه خشيةَ أنْ يَستقِيلَه»[2]، فأثبتَ صحَّة الإقالة قبل الافتراق، وذلك يفيدُ انبرام العقد وتمامَه؛ لأنَّ الإقالة لا تكون مع الخيار.

فإنْ قيل: إنَّ الإقالة في هذا الموضع معناها الفسخ لخيار المجلس.

قيل له: الإقالة لا تكون إلا بتَراضٍ، والفسخ لحَقِّ الخيار يكون مع عدم التراضي، ولا حاجة بنا إلى نقله عن ظاهره.

فإنْ قيل: فقد قال: «لا يحلُّ له أنْ يُفارقه» وذلك جائزٌ عندكم.

قيل له: كل واحدٍ منَّا حمَلَه على الكراهة، ونحن لا نمنع أنْ يكون تعلُّقُ [337/و] النَّدبِ بالإقالة حال المجلس أشدَّ منه بها بعد المجلس.

وقال الإسفرايني: والدليل الآخر:

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) أخرجه أبو داود (3456)، والترمذي (1247)، والنسائي (4483)، وقال الترمذي: «حديث حسن».

قوله: «إلا بيع الخيار»[1]، والمراد بذلك البيع الذي قطع فيه الخيار، وذلك يدلُّ على أنه إذا لم يقطع: فيه الخيار.

ويدلُّ على ذلك: أنَّ المبيع إذا أضيف إلى شيء فإنما يُضاف إليه لحصوله عليه لا لانتفائه عنه، كما يقال: «بيع خيار الرؤية» و«بيع الآجال» و«بيع الربا» و«بيع الملامسة»، يفيده البيع الحاصل على هذه الأشياء لا التي ينقطع عنها، وكذلك غير البيع أيضًا مِن سائر ما يُضاف إلى صفةٍ فإنه يكون عليها؛ كقولنا: «يوم الشك»، و«يوم عرفة»، و«يوم الفطر»، و«النحر»، وغير ذلك.

قال: على هذا لا يصحُّ أنْ يكون المراد إلا بيعا ثبت فيه الخيار؛ لأنه يكون استثناء، فإنْ حملناه على اشتراط الخيار كان في ذلك استثناء إثبات مِن إثبات.

فالجواب: أنَّ الأمر بخلاف ما قالوه؛ لأنَّ الاستثناء عائد على قوله: «ما لم يفترقا» وذلك نفي، كأنه قال: إذا افترقا فلا خيار لهما إلا أنْ يفترقا عن خيار مشترَط.

ثم قال: هذا النفي ليس بمنطوقٍ به، وإنما هو مقدَّر، والاستثناء لا يدخل في المقدَّر.

وهذا الحكم على اللغة؛ لأنَّ الاستثناء [الذي][2] يدخل على هذه الصيغة نفيٌ؛ لأنَّ قوله: «ما لم يفترقا» يفهم عنه أنها علةٌ ينقطع بعدها الخيار؛ فبطل ما ادَّعاه.

---

(1) رواه البخاري (2111) ومسلم (1531).

(2) زيادة يقتضيها السياق.

قالوا: ولأنَّ الراوي إذا فسَّر الحديث كان أَوْلى مِن تفسير غيره، وقد فسَّره ابن عمر وأبو [بَرْزَة][1] بالتفرُّق عن البدن.

وهذا أيضًا غير صحيح؛ لأنهما لم يفسِّراه بذلك، وإنما رُوي عن ابن عمر أنه كان إذا أراد أنْ يوجب البيع مشى قليلا ثم رجع[2].

وقد يفعل الإنسان ما يعتقده ندبا.

وأبو [بَرْزَة][3] كان يعتبر الافتراق بالسَّفر[4].

وذلك غير معتبَرٍ به عند المخالف.

قال الإسفراييني: إنَّ مالكا روى الحديثَ واعترف بصحَّته، ثم ردَّه لأجل عمل أهل المدينة بخلافه؛ فقال: «ليس [لهذا][5] عندنا حدٌّ [معروفٌ][6] ولا أمرٌ معمول به فيه»[7].

قال: وهذا قصدٌ لردِّ الخبر.

قال: وقال ابن أبي ذئب في جواب هذا ما لا أستحسنُ ذِكره.

(1) في (ع): (بردة)، والمثبت من مصادر التخريج.

(2) رواه مسلم (1531).

(3) في (ع): (بردة)، والمثبت من مصادر التخريج.

(4) رواه أبو داود (3457) وابن ماجه (2182) مختصرا.

(5) في (ع): (هذا)، والمثبت من الموطأ.

(6) زيادة من الموطأ.

(7) الموطأ (2473)، وينظر توجيه كلام مالك في: التمهيد (14/ 9)، والمنتقى للباجي (5/ 55)، والمسالك لابن العربي (6/ 153).

يقال له: هذا قد أجاب أصحابنا عنه بجوابين:

أحدهما: نفي مدَّة الخيار المشترط؛ لأنه ليس بمحدودٍ عندنا بالثلاث، وإنما هو على حسب حال المبيع.

والآخر: أنه كما قال، وأكثر ما فيه أنه وَجد عمل أهل المدينة المتَّصل بخلافه، وعنده أنَّ العمل المتَّصل أَوْلى مِن خبر الواحد؛ فأيُّ شيء في ترك دليلٍ الدليلُ عند التارك أنه أقوى منه؟!

وهذا أمر لا يفزع به مالك -رحمه الله-؛ أعني: ما تكلم فيه ابن أبي ذئب، [فما][1] كان بينهما معروف، وليس كلام ابن أبي ذئب فيه بأشد قَدحا مِن كلام يحيى بن مَعِين في غيره[2]، وهذا ممَّا لا حاجة بنا إلى ذِكره.

قالوا: ولأنَّ كل وقتٍ صلح أنْ يكون وقتا يُقبِض رأس المال في السَّلم وعِوض الصَّرف؛ [فلم][3] يكن العقد فيه لازما بإطلاقه؛ أصله حال التعاقد.

وهذا غير مستقر؛ وذلك لأنَّ الحكم هو ألا يلزم العقد إلا بمعنى زائد على إطلاقه في ذلك الوقت.

وحال وقوعه لم يحصل عقد، فلا يصح نوع معاوضة محضة؛ فوجب أنْ يلحقه الفسخ مع الإطلاق والسلامة مِن وجهين كالصَّرف؛ لأنَّ الفسخ يلحق مِن وجهين: [و/ 338]

---

(1) في (ع): (ما)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) يعرِّض -رحمه الله- بكلام ابن معين في الشافعي -رحم الله الجميع-.

(3) في (ع): (ولم)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

أحدهما: بتلف المَبيع قبل قبضه.

والآخر: بالتفرُّق قبل القبض.

وهذا غير مسلَّم؛ لأنَّ التلفَ فيما لا يتعلَّق به حقُّ توفِية لا ينفسخ به العقد عندنا.

ونعكسه فنقول: فلم يثبت فيه خيار المجلس كالصَّرف.

وعلى أنَّ التعليل تَحكُّم منهم غير محصل.

وعلى أنَّ التفرَّق في الصَّرف يؤثِّر في بطلانه لا في تصحيحه.

قالوا: لأنَّ الخيار نوعان:

نوعٌ يتعلَّق بزمان.

ونوع يتعلَّق بالصفات.

ثم الخيار المتعلق بالصفات منه مستفاد بالشرع، وهو الرد بالعيب وبالشرط؛ فيجب أنْ يكون كذلك خيار المدة لأنه أحدُ نوعي الخيار.

فالجواب: أنَّ هذا اعتبارٌ فاسد، وذلك لأنه إنما استوى في خيار الصفة الشرع والشرط لاستواء المعنى فيهما، وهو خروج المَبيع على خلاف الصفة التي عاوض عليها، فسواء كانت المعاوضة بشرط أو على الإطلاق.

وليس كذلك خيار المدَّة؛ لأنه إنما وجب الشرط لموضع الاشتراط لا لعلةٍ سواه؛ فلم يجب أنْ يكون ذلك واجبا بالشرع مع عدم ما يوجبه.

وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والإجارةُ جائزةٌ إذا ضَرَبَا لذلك أجَلًا وسَمَّيَا الثَّمَنَ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

أمَّا جواز الإجارة في الجملة فهو قولنا وقول فقهاء الأمصار.

وحكي [عن][1] الأَصَمِّ وابنِ عُلَيَّة منعها، وذلك خلاف [غير][2] معتبر[3] به[4].

وشُبهتهم أنْ قالوا: لأنَّ المنافع المعقود عليها معدومة، وبذل المعاوضة على معدوم لا يصحُّ كالأعيان.

ولأنَّ مِن حقِّ عقود المعاوضات أنْ يستحقَّ تسليم أحد البَدَلين بتسليم الآخر، وذلك غير ممكن في الإجارة.

ولأنها غَرر؛ لجواز أنْ تتلف الدار أو الدابة فتتلفَ المنافع المعقود عليها.

وهذا غلط:

لقوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: 27]، فنصَّ على جواز الإجارة والمعاوضة على المنافع.

---

(1) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(3) في شرح الرسالة للفاكهاني (معتد) بدل (معتبر).

(4) ينظر: الحاوي الكبير (7/ 388)، والمحلى (8/ 182).

وقوله ﷺ: «أعطوا الأجيرَ أجْرَه قبلَ أنْ يَجفَّ عَرقُه»[1].

وقوله: «ثلاثةٌ أنا خَصيمُهم يوم القيامة»[2]، فذكر: «[ورجل][3] استأجَرَ أجيرا إلى الظهر بقِيراط» الحديث[4].

ولأنَّ بالناس حاجةً إلى تمليك المنافع كحاجتهم إلى تمليك الأعيان، فإذا جازت المعاوضة على الأعيان جازت على المنافع.

ولأنَّ ذلك إجماع السَّلف مِن المسلمين والخَلَف على مرِّ الأعصار، وقبل خرق هؤلاء القوم له؛ فلا [يعتد][5] بخلافهم فيه[6].

وقولهم: «بذل العِوَض على المعدوم لا يجوز»؛ جهل، لأنَّ المنافع يُبذل لها لا لكونها معدومة [لكن][7] لتُستوفى، كما يجوز السَّلَم في المعدوم إذا أمكن استيفاؤه وقت محلِّه.

---

(1) أخرجه ابن ماجه (2443)، وغيره «من طرق كلها ضعيفة» كما قال ابن الملقن في البدر المنير (7/ 37).

(2) وتمامه: «ورجلٌ استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يُعطِهِ أجره». أخرجه البخاري (2270) من حديث أبي هريرة، وفيه: (خصمهم) بدل: (خصيمهم).

(3) في (ع): (رجل)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(4) هذا حديث مستقل، ولفظه: «مَثَلُكم ومَثَلُ أهل الكتابين، كمَثَل رَجل استأجر أُجراء، فقال: مَن يَعمل لي مِن غُدوة إلى نصف النهار على قِيراط ...». أخرجه البخاري (2268) من حديث ابن عمر.

(5) في (ع): (يعتمد)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(6) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 234-235).

(7) في (ع): (لأن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فأمَّا الأعيان؛ فلا ضرورة بنا إلى بذل العِوَض على المعدوم منها إلا أنْ يتعلَّق ذلك بالذمَّة فيكون سَلَما.

وقولهم: «إنَّ التسليم مستحقٌّ عقيب العقد»؛ صحيح، ولكن تسليم مثله، والمنافع تُستوفى أوَّلًا فأوَّلًا.

وقولهم: «إنه غَرر لجواز تلف الدابَّة والدار»؛ فإنَّ الغَرر إذا دعت الحاجةُ إليه يجوز مع إمكان تلافِيه بأنْ يسترجع العِوض إنْ لم يحصل شيء مِن الانتفاع، ويَنتقض ما قالوه بالسَّلَم، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا قوله: (إذا سمَّيا [الأجرة][1]):

فلأنَّ الأجرة ثمنُ المنافع كما أنَّ العِوض [و/339] في البيع ثمنُ للأعيان، فإذا لزم تسمية الثمن ومعرفة مقداره ليخرج عن الغَرر والجهل في الأعيان لزم مثله في الإجارة.

فأمَّا المنافع المستأجر عليها فلا تخلو:

أنْ تكون معلومةَ الجنس؛ مثل خياطة الثوب، أو ركوب الدابَّة، وسكنى الدار، وما أشبه ذلك.

أو أنْ تكون غير معلومةٍ؛ مثل خدمة العبد، وغير ذلك.

فالقسم الأول لا يحتاج إلى ضرب أجل؛ لأنَّ ضرب الأجل فيه لا معنى له؛ إذ هو في نفسه معلوم.

---

(1) في (ع): (الإجارة)، وفي متن الرسالة: (الثمن)، والمثبت أليق بالسياق وأقرب للرسم.

والضرب الثاني يحتاج إلى ضرب أجل ليُضبط في نفسه؛ لأنَّ خدمة العبد غير معروفٍ جنسها، لأنه قد تكون في طبخ، أو غسل، أو قضاء حاجة، أو نقل متاع، أو إرسال في حاجة، أو غير ذلك ممَّا لا يُعلم قدره ولا نوعه، فيحتاج إلى ضرب أجل لمستحقِّ العِوض، ويعلم قدره وما يلزم بالعِوض فيه.

فإنَّ ضرب الأجل في المعلوم مثل أنْ يقول: «استأجرُك على خياطة في هذا اليوم بدرهم»:

فقال أصحابنا: يكره ذلك، ولا يفسده إذا لم يقصد به وجه الاشتراط.

قال أبو حنيفة: يفسده[1].

وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ عادة الناس في مثل هذا إذا قال القائل: «قد استأجرتك على أنْ تخيط هذا الثوب قميصا اليوم»؛ أنْ تريد بذِكر الزمان استعجالَ العمل وتركَ تأخيره والتواني فيه، لا [أنه][2] على وجه الشرط، فلا فرق بين ذلك وبين أنْ تقول: «على أنْ تبدأ به اليوم» لم يلزمه شيء آخر عند الجميع؛ فعُلم بذلك أنَّ ذِكر الزمان إنما هو اشتراط التعجيل وترك التأخير[3].

فإنْ قالوا: لأنه جمع بين تقدير العمل والأجل في عقد واحد فلم يصح؛ أصله: إذا شرط عليه ما لا يقدر على عمله، مثل أنْ يقول: «على أنْ تخيط لي في هذا اليوم مائة قميص»، وما أشبه ذلك.

---

(1) المبسوط (16/ 44).

(2) في (ع): (له)، والمثبت أليق بالسياق، وفي شرح الرسالة للفاكهاني: (إنما يقصدون في مثل ذلك الاستعجال دون الاشتراط).

(3) نقله عن المصنف بتصرف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 236-237).

قلنا: لا يصحُّ هذا؛ لأنه شرطَ ما لا يُمكن تسليمه؛ فصار بمنزلة مَن اشترى أعيانا لا يقدر على تسليمها، مثل الطير في الهواء والسمك في الماء.

وليس كذلك ذِكر الزمان في مسألتنا؛ لأنه لم يُرد به الاشتراط وإنما أراد به الاستعجال.

فإنْ قالوا: وجدنا الإجارة تقع مرَّة على العمل ومرَّة على المدَّة، فإذا اشترطهما جميعا وجب أنْ يبطل العقد؛ لأنه لا يدري بأيِّهما يستحق لو امتنع العمل.

قلنا: قد بيَّنا أنَّ حكم الزمان في مثل هذا ليس على وجه الاشتراط، وإنما الغرض به الاستعجال، وأنَّ الأجرة واقعةٌ على العمل.

ولو صرَّح بأنْ ذَكر الزمان على وجه الشرط [1]؛ على إنْ فرغ منه اليوم استحقَّ أجرةً، وإنْ بقيت منه بقية لم يستحقَّ شيئا؛ لم يجز ذلك، ولم تكن مسألة خلاف، وإنما مسألة الخلاف إذا أطلق هذا اللفظ هل يُحمل على الشرط أو على ما قلناه؟

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَضرِبُ في الجُعْلِ أجَلا في ردِّ آبِقٍ، أو بَعِيرٍ شارِدٍ، أو حَفْرِ بِئْرٍ، أو بَيعِ ثَوبٍ ونحوِه، ولا شيءَ له إلا بتَمَام العَمَلِ).

---

(1) في (ع) زيادة: (لا)، ولعل حذفها أليق بالسياق.

قال القاضي -رضي الله عنه-:

اعلم أنَّ الجُعلَ يجوز عندنا في الشيء الخفيف[1] -مثل ما ذكر صفته- أنْ تكون الأجرة معلومة، ومقدار الزمان الذي يحصل فيه مجهول غير معلوم، فمتى ضرب فيه أجلا؛ لم يصح.

وقال أبو حنيفة: لا يصح.

وللشافعي قولان[2].

الأصل في جوازه:

قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف: 72]، وهذا هو الجعل؛ لأنه جعل أجرة مَن جاء بالصاع حِمل بعير، ولم يقدِّر له مدَّة.

واستدلَّ أصحابنا بقوله ﷺ: [و/ 340] «مَن قتلَ قتيلا فله سَلَبُه»[3] ولم يعلِّقه بوقت مِن الزمان معلوم، وقد يُقبل، وقد لا يُقبل.

وبحديث خارجة بن الصَّلْت قال: أقبَلْنا مِن عند رسول الله ﷺ فأتينا على حيٍّ مِن العرب، فقال: إنكم جئتُم مِن عند هذا بخير، فهل عندكم رُقيةٌ لمَعْتوهٍ

(1) قال ابن بزيزة: «اختار القاضي أبو محمد في المعونة، وشرح الرسالة أن الجعل إنما يجوز في الشيء اليسير الذي لا خطر له، أو فيما كان لا ينحصر بأجرة، ولا يجوز في الشيء الكثير، وحمله على المذهب، وظاهر الروايات أنه يجوز في الكثير واليسير مما لا يتقدر من الأعمال بزمان، هكذا حكى القاضي أبو الوليد الباجي، وأبو الوليد ابن رشد وغيرهما». روضة المستبين (2/ 1045).

(2) شرح مختصر الطحاوي (4/ 65)، الحاوي الكبير (8/ 30).

(3) أخرجه البخاري (3142)، ومسلم (1751) من حديث أبي قتادة.

عندنا؟ فقلنا: نعم، فقرأت عليه فاتحةَ الكتاب ثلاثة أيام غُدْوةً وعَشيَّة وأتفُلُ عليه، فكأنما نَشِط مِن عِقال، فأعطوني جعلا، فقلت: لا، حتى أرى رسولَ الله ﷺ فسألته، فقال: «كُلْ؛ فلَعَمْري مَن أكل برُقيةٍ باطلٍ، فلقد أكلتَ برُقيةِ حقٍّ»[1].

وأيضًا فإنَّ الجعل ممَّا كان موجودا في معاملات الناس جاهليةً وإسلامًا، فأقرَّ النبيُّ ﷺ على فعله، ولم يتعرَّض لإبطاله، مع علمه بذلك[2].

ولا فرق بين ما تبتدئ إجازته شرعًا وبين ما يقرُّ على إجازته.

ولأنَّ ذلك ممَّا جرى عليه عمل المسلمين في سائر الأمصار على قديم الأوقات والأعصار.

ولأنَّ الضرورة تدعو إلى ذلك أشد ممَّا تدعو إلى القِراض والمساقات، والضرورات مستثناة مِن الأصول؛ قياسا على العبد الآبق لعلة اشتراط الأجرة في عمل مباح.

واحتجَّ المخالفُ:

بنهيه ﷺ عن الغَرر[3]، وهذا غَررٌ.

قالوا: ولأنه [لما][4] لم يَجُز كثير الغَرر فكذلك قليله؛ كسائر المحظورات، مثل الطير في الهواء، والسمك في الماء.

---

(1) أخرجه أبو داود (3420)، وصحح إسناده ابن حجر في نتائج الأفكار (4/ 149).

(2) نقله عن المصنف بتصرف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 237-238).

(3) رواه مسلم (1513).

(4) زيادة يقتضيها السياق.

ألا ترى أنَّ الإجارة والبياعات التي لا غَرر فيها لمَّا جاز قليلها جاز كثيرها.

قالوا: ولأنَّ الجعل نوعٌ مِن الإجارة، فيجب أنْ يحمل محملها ويجري مجراها؛ كأنواع البيوع.

والجواب: أنَّ نهيه ﷺ عن الغَرر مستثنى منه ما تدعو الحاجة إليه؛ كاستثناء القِراض والمُساقاة وغير ذلك.

واعتبارهم بالكثير؛ باطل، لأنَّ المستثنى مِن الأصول للضرورات قد فُرِّق بين قليله وكثيره في كثير مِن المواضع؛ كالعرية وجواز الغَرر في البيوع، وغير ذلك.

ولأنَّ الكثير يُمكن أنْ يستأجر عليه؛ فلا معنى للعدول إلى الجُعل.

وأمَّا قولهم: «إنها مِن أبواب الإجارة فكان لها حكم الإجارة وأنواع البيوع»؛ فغلط، لأنها وإنْ أخذت شَبَها مِن الإجارة فله حكم نفسه.

وكذلك أنواع البيوع؛ لكل نوع منها حكم يختصه يخالف غيره، ألا ترى أنَّ للصَّرف شروطا لا تُشترط في غيره، وللسَّلم أحكام تختصُّ به.

وقوله: (**لا يستحقُّ الأجرةَ إلا بتمام العمل**) لأنَّ أجره في مقابلة الجملة، فإذا لم تحصل لم يستحقَّ شيئا؛ لأنه ليس بعقد إجارةٍ على منافع تتجزأ أو تتبعَّض؛ كسكنى الدار وخدمة العبد، وإنما هو غرضٌ مطلوب، فإنْ حصل استحقَّ العِوض المبذول في مقابلته، وإنْ لم يحصل لم يستحقَّ شيئا إلا أنْ يكون هناك عمل انتُفع به، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والأجيرُ على البَيعِ إذا تَمَّ [الأجل][1] ولم يَبِعْ وَجَبَ له جميعُ الأجرة، وإنْ باع في نصف الأجَلِ فله نصفُ الإجارة).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لأنَّ الإجارة إذا تعلَّقت بمنافع كان كلُّ جزءٍ منها في مقابلة جزء مِن المنافع.

إنْ[2] كانت المنافعُ معلومةً بنفسها؛ تقدَّرت الإجارة بها.

وإنْ لم تعلم إلا بتقدير المدَّة؛ [تقدَّرت][3] بالمدَّة، فكلما مضى جزءٌ مِن المدَّة استحقَّ جزءا مِن العِوض بقدر ما يقابله، والله أعلم[4].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والكراءُ كالبيعِ فيما يَحِلُّ ويَحرُمُ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لأنَّ الكراء [و/341] ثمنُ المنافعِ المكتراة، كما أنَّ المثمون في

(1) في (ع): (الجعل)، والمثبت من متن «الرسالة».

(2) في شرح الرسالة للفاكهاني: (فإن).

(3) في (ع): (فقدرت)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(4) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 239-240).

البياعات ثمنا[1] للأعيان المَبيعة، فكانت الإجارة والأكرية نوع[2] مِن أنواع البياعات؛ لأنَّ المنافع يصحُّ بذل العِوض عليها كالأعيان؛ فحكمُها واحدٌ فيما يَحلُّ ويَحرم.

والمراد مِن هذا:

أنْ تكون الأجرة في الإجارة معلومةً غير مجهولة؛ كالثمن في البيع.

وأنْ تكون المنافع ممَّا يُمكن استيفاؤها كل نوع منها استيفاء مثله؛ كتسليم الأعيان في البياعات.

وأن لا يقع على وجه غَرر لا تدعو الحاجة إليه؛ كالبيع.

وأنْ يجوز تعلُّقها بالذمَّة والعين كما يجوز ذلك في البيع.

وأنه لا يجوز فيه الدَّين بالدَّين ولا الغَرر الكثير، وما أشبه ذلك مِن أحكام البيوع[3].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنِ اكْتَرَى دابَّةً بعَيْنِها إلى بلدٍ فماتت انفَسَخَ الكِراءُ فيما بَقِي، وكذلك الأجيرُ يَموتُ، والدارُ تَنهدِمُ قبلَ تَمامِ مدَّةِ الكِراءِ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

---

(1) كذا في (ع).

(2) كذا في (ع).

(3) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 241).

هذا لأنَّ عقد الإجارة متى تعذَّر فيه استيفاء المنافع المعقود عليها بطل؛ لأنَّ العِوض إنما يستحقُّ فيه بحصول المنافع التي هي في مقابلته، وبموت العين التي عُيِّنت الإجارةُ فيها يتعذَّر ذلك، فيجب بطلان العقد.

وذلك كالبيع؛ إنْ هلك بعض الأعيان المعقود عليها التي يتعلَّق بها على البائع حق التوفية إذا تلفت قبل التوفية، فأمَّا العقد؛ ينفسخ فيها ويلزم رد الثمن، كذلك في الإجارة إنْ تلفت العين المستأجرة منافعها قبل استيفاء شيء مِن منفعتها لم يستحقَّ المؤاجر شيئا مِن الأجرة، وإنْ هلكت بعد استيفاء بعض المنافع انفسخ العقد فيما بقي لتعذُّر استيفائه، ولزم مِن الأجرة بقدر ما استوفى، وبطل ما في مقابلة التالف.

والله أعلم، الموفِّق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا بأسَ بتعليمِ المُعلِّم على الحِذَاقِ[1]، ومُشَارَطةِ الطَّبِيبِ على البُرْءِ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا يجري عند أصحابنا مجرى الجعل دون الإجارة، فأجازه للضرورة إليه، ولوجود العمل عليه[2].

---

(1) قال الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 243): «يعني بالحذاق حفظ جميع القرآن أو بعضه».

(2) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 247).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَنتقِضُ الكِراءُ بمَوْتِ الرَّاكبِ أو السَّاكنِ، ولا بِمَوْتِ غَنَمِ الرِّعايةِ، ولْيَأْتِ بمِثْلِها).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ موت أحدِ المتعاقدين لا يَفسخ الإجارة، ووارث كلِّ واحدٍ يقوم مقامه.

وبه قال الشافعي[1].

قال أبو حنيفة: يُفسخ بموت أحدِهما[2].

ودليلنا:

قوله ﷺ: «مَن تَرك مالًا أو حقًّا فلورثتِه»[3]، وهذه الإجارة متروكة للميت، فيجب أنْ تكون لورثته، وهذا يَنفي الفسخ.

قال أصحابنا: ولأنه عقدُ معاوضةٍ [محضة][4]، ليس لأحدهما فسخُه إلا لعذر؛ فوجب ألا يُفسخ بموت أحدِهما، كالبيع.

وقولهم: «محضة» احترازا مِن النكاح والكتابة.

(1) المدونة (3/ 525)، الحاوي الكبير (7/ 700).

(2) التجريد للقدوري (7/ 3596).

(3) أخرجه البخاري (2398)، ومسلم (1619) من حديث أبي هريرة.

(4) زيادة يقتضيها السياق.

و«ليس لأحدهما فسخه» احترازا مِن القِراض والشركة.

قالوا: ولا يلزم عليه إذا آجر نفسه فمات؛ لأنَّ العقد لم ينتقض بموته، لكن بتلف المنفعة، بدليل أنه لو استأجره ليخيط ثوبا له ومات ...[1] فُسخَت الإجارة مع بقائه لتعذُّر استيفاء المنفعة.

هذا اعتلال أصحابنا، والذي عمد عليه يكفي أنْ يقال:

لأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين إذا لم يعد بتلف [342/و] المنفعة والمعقود عليه أو تعذَّر استيفائه؛ أصله: عقد البيع.

ولا يلزم عليه النكاح؛ لأنَّا لا نقول: إنَّ الموت يبطله، ولكن ينقضي وينقطع به، فهو كانقضاء مدَّة الإجارة، لا يقال: إنها قد بَطلت، ولكن انقضت.

ولا يحتاج أنْ يقول: ليس لأحدهما فسخُه بغير عذر؛ لأنَّ القِراض والشركة لا ينفسخان عندنا بموت أحدِ المتعاقدين، ولورثته أنْ يأتوا بأمين.

واعتلال آخر: هو أنْ نقيس إجارة السيِّد أمَتَه للخدمة -في أنه لا تبطل بموته- على إنكاحه إيَّاها.

فنقول: عقد معاوضة مِن مالك على منفعة ماله؛ فوجب ألا يَنفسخ بموت المالك، أصله: عقده عليها النكاح.

قياس آخر: لأنه عقدٌ تعلَّق بمنفعةٍ تُستوفى مِن عينٍ، فلم تَنفسخ بموت أحدِ المتعاقدين؛ أصله: الرَّهن.

---

(1) بياض في (ع) بمقدار كلمة، ولعل التقدير: (المستأجِر).

واحتجَّ مَن خالفَنا بأنْ قال:

لأنه عقدٌ على منفعة؛ فوجب أنْ يُفسخ بموت أحدِ المتعاقدين.

وهذا غير مسلَّم؛ لأنَّ القِراض لا يَنفسخ بموت أحدهما، والورثة يقومون مقامه.

قالوا: ولأنه عقدٌ قُصد به المنافع؛ فوجب بطلانه بموت مَن يقع له العقد، كالنكاح.

وهذا أيضًا غير مسلَّم؛ لأنَّ النكاح لا يَبطل بالموت، وإنما ينقضي، فهو كزوال مدَّة الإجارة.

فإنْ قيل: النكاح ليس بمؤقَّت فيقال: إنَّ تمامه إلى وقت الموت، وإنما هو مؤبَّد.

قلنا: كذلك هو؛ لكن الموت ينقطع به، كانقضاء مدَّة الإجارة.

فإنْ قيل: غرَضنا أنْ يرتفع العقد بموت مَن يقع له العقد، وهذا قد حصل.

قلنا: قد يرتفع العقد بما لا يبطل به كانقضاء مدَّة الإجارة؛ إلا أنَّ في النكاح ارتفع العقد لزوال مدَّته، وذلك أنَّ منفعته كانت مختصَّة بالعقد، فلمَّا زال المختصُّ بها زالت.

ويمكن أنْ نجعله منازعة فنقول:

المعنى في النكاح أنه إنما بَطل بموت العاقد؛ لأنَّ منفعته كانت مختصَّة، بدليل أنه لا يجوز له أنْ يهبها ...[1] يعاوض عليها، بخلاف الإجارة.

---

(1) بياض في (ع) بمقدار كلمة، ولعل تقديره: (أو).

قالوا: ولأنَّ الموت سبب لزوال [الملك المؤاجَر عن المستأجِر][1] ونقله؛ فأشبه البيع.

وهذا أيضًا غير مسلَّم؛ لأنَّ بيع العين المستأجرة لا يَفسخ الإجارة إذا كانت مدَّته قريبة.

وينتقض به إذا آجر عبدَه سنة ثم أعتقَه قبل مُضِيِّها.

هذا على اعتلالهم بأنَّ زوال الملك المؤاجر عن المستأجر يوجب فسخ العقد؛ أصله: إذا باعه.

قالوا: ولأنه عقد على منفعة؛ فوجب أنْ يُفسخ بالموت، أصله: إذا آجر نفسه فمات.

والمعنى فيه؛ تلف المنافع، بدليل أنه لو قُطعت يده أو فُقِئت عينه لانفسخت.

قالوا: ولأنَّ الأجرة تستحقُّ عندنا وعندكم حالا فحالا، فإنْ مات المالك فالمستأجر يستوفي في ملك الوارث بموجب عقد في ملك غيره بغير رضاه، وذلك جائز وإنْ مات المستأجر، ولا يجوز أنْ يكون المؤاجر يستحقُّ الأجرة على الميت؛ لأنه لا يثبت عليه دين ابتداءً بعد موته ولا على الورثة؛ لأنَّ حقوق العقد لم تتعلَّق بهم، وإنما تجب الأجرة بالعقد على مَن تعلَّقت به حقوقه.

فالجواب: أنَّ الأجرة قد وجبت للمؤاجر، ولكن يستحق [و/ 343] تسليمها

(1) بياض في (ع)، والمثبت مما سيأتي في الجواب.

حالا فحالا، كما أنَّ المنافع قد ملَكها المستأجر ولكن يستوفيها حالا فحالا، فإذا مات المالك فقد انتقل إلى الوارث بغير منفعة، ولا يمنع أنْ يستوفي المستأجِر في ملك زَيدٍ حقًّا تعلَّق [لأبيه][1] وهو في ملك عَمْرو؛ لأنَّ هذا المالك لم يملك الرقبة بالمنفعة، وإنما ملَكها على أنَّ المنفعة لغيره، كالذي يشتري عبدا مخدما[2] وأمَةً مزوَّجة.

ولأنَّ دخول الرَّقبة في مِلك الوارثِ لم يكن باختياره فيُراعى رضاه، وإنما ملك ما كان الميتُ يملك منها فقام مقامه، والذي كان يملكه الميتُ الرَّقبةَ دون المنافع.

وأمَّا إذا مات المستأجرُ؛ فالأجرة دينٌ عليه ملكٌ للمؤاجر، لكنه ملك مراعى تسليم المنافع، وليس بدَين يحدُث بعد الموت، لكن بحُكم العقد المتقدِّم، وليست واجبة له على الوارث في ملكه بل في تركة الميت.

فإنْ قال الوارث: لستُ أختار هذه الإجارة، قيل له: اعزل قسطها مِن التركة، وتُسلَّم إلى الحاكم، فإذا استوفيت المنافع أخذها المالك، وإنْ تلفت عادت إليك ميراثا، وهذا بيِّن في سقوط ما قالوه، وبالله التوفيق.

فصل:

وأمَّا (هلاك الغنم في الرَّعي) فلا يَفسخ الإجارة أيضًا؛ لأنَّ هلاك المستأجَر

---

(1) في (ع): (له أبيه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) مُخْدَما -بضمٍّ فسكون ففتح-:أي: مَوْهوبة خدمته لشخص حياته أو مدة معلومة. منح الجليل (2/ 104).

عليه لا يوجب فسخ العقد، ويجب عليه إبدالها؛ لأنَّ الذي ملكه [المستأجر][1] منافع هذا الراعي، وذلك ممكن بأنْ يحصل ما تستوفى منافعه فيه.

كما أنَّ مَن اكترى أرضا ليزرعها فهلكت حنطتُه؛ لم [ينفسخ][2] بذلك العقد، ولزمَه أنْ يشتري حنطةً فيزرعها، ويسلِّم الأجرةَ إلى المالك إنِ اختار ترك الانتفاع بها.

وكذلك إنِ استأجر دابَّةً ليحمل عليها متاعه فهلك؛ فلا تنفسخ الأجرة.

والسبب في ذلك كله أنَّ ما يستأجر عليه غير [متعين][3]، وإنما هي منافع مبهمة الأعيان، وإنما ينفسخ العقد بموت الأجير بنفسه، كمَن اكترى دابَّة بعينها فهلكت؛ فإنَّ العقد ينفسخ.

ووزان ذلك أنْ يموت الراعي؛ فيُفسخ العقد إذا كان استأجره ليرعى بنفسه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنِ اكْتَرَى كِراءً مَضمُونا فماتَتِ الدابَّةُ فليأتِ بغيرِها).

قال القاضي -رحمه الله-:

---

(1) في (ع): (المستثنا)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (ينفسد)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (متغير)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وهذا لأنَّ المنافع مستحقةٌ في الذمَّة وليست متعلِّقة بهذه العَين؛ فلم ينفسخ العقدُ بتلف عينٍ لم يتعيَّن استيفاء المنافع [منها][1].

فيفارق ذلك الدابَّة بعينها؛ لأنَّ المنافعَ متعلقة بعينها، وهي كالأجير بعينه في أنَّ العقدَ ينفسخ بموته، لا لأنَّ موتَه هو الذي انفسخ به العقد، لكن لتعذُّر استيفاءِ المنافعِ بتلف العينِ التي تعيَّنَت فيها[2].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ مات الرَّاكبُ لم يَنفَسِخِ الكِراءُ، ولْيَكْتَرُوا مكانَه غيرَه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لأنه ليس في موت الرَّاكب ما يمنعُ استيفاءَ المنافعِ المكتراة؛ لأنَّ ما يُستأجر عليه لا ينفسخ العقدُ [بتلفه][3]، إذ ليس هو معيَّنا كتعيين[4] العينِ المستأجرة؛ لأنَّ الذي لزم بعقد الكراء استيفاء منافعِ العينِ المستأجرة، ولم يتعلَّق ذلك بعينٍ مخصوصةٍ بها تستوفي المنافع[5].

---

(1) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 251) والهسكوري في شرح الرسالة [61/ ب- أزهرية].

(3) في (ع): (بأنه)، وفي شرح الرسالة للفاكهاني (بنقله) ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في شرح الرسالة للفاكهاني: (متعينا كتعين).

(5) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 252).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنِ اكْتَرَى ماعُونًا أو غيرَه فلا ضمانَ عليه في هلاكِه بيدِه، وهو مُصدَّقٌ [و/ 344] إلا أنْ يتبيَّنَ كذبُه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا لأنه مؤتمَنٌ على قبض العين المستأجرة، فكان القول قوله في تلفها؛ لأنه قبَضَها بحقٍّ عقد في مقابلته بَدَل، فكان القول قوله في تلفها، وكانت المنافع تالفة مِن المالك، فإذا تبيَّن كذبه ضمنَها بالتعدِّي كغير المستأجر ممَّن تعدَّى ابتداء[1].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والصُّنَّاعُ ضامِنونَ لِمَا غابُوا عليه، عَمِلوه بأجرة أو بغيرِ أجرة).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

قد اشتملت هذه المسألة على خمسة فصول:

أحدها: تضمينهم ما غابوا عليه ممَّا لم يُعلم هلاكه بغير قولهم.

والثاني: القول قولهم فيما علم هلاكه ببيِّنة ممَّا لا صنع لهم في تلفه.

والثالث: أنه لا فرق في ذلك بين أنْ يكون بأجر أو بغير أجر.

---

(1) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [62/ أ-أزهرية].

والرابع: أنه إذا ثبت ذلك فهل تجب لهم الأجرة أم لا؟

والخامس: أنهم لا يضمنون ما لم يغيبوا عليه.

فصل:

فأمَّا الكلام في الفصل الأول: فعندنا أنَّ الصنَّاع يَضْمنون ما غابوا عليه ممَّا لم يعلم تلفه بغير قولهم.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن الخاص ويضمن المشترك[1]؛ إلا أنْ تَقُومَ له بيِّنة[2].

وللشافعي قولان في المشترك: أحدهما: أنه يضمن، والآخر: أنه لا يضمن؛ على اختلاف بين أصحابه فيه[3].

ويشبه أنْ يكون المراد بالخاص ما لم يسلَّم إليه الشيء، واستعمله ربُّه في منزله، فإنْ كانوا[4] هذا مرادهم سلَّمنا أنه لا ضمان عليه، وإنْ أرادوا غير ذلك فمع الأخذ يضمن عندنا خاصًّا كان أو مشتركا.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

---

(1) الصُّنَّاع على ضربين: مُنْتَصِب لتلك الصناعة، وغير مُنتصب. فالمنتصب (وهو المشترك): من أقام نفسَه لعمل تلك الصناعة التي استُعمل فيها، كان يعملها في سوقها أو في داره. وغير المنتصب (وهو الخاص): من لم يُقِم نفسَه لها، ولا منها معاشُه. التبصرة (10/ 4873)، التنبيهات المستنبطة (3/ 1524).

(2) الأصل للشيباني (3/ 561).

(3) الحاوي الكبير (7/ 425).

(4) كذا في (ع).

أنَّ ذلك إجماع الصحابة؛ لأنه رُوي تضمين الصنَّاع عن عمر[1] وعلي، وقال علي: «لا يُصلِح الناسَ إلا ذلك»[2].

وقد ادَّعوا عن عليٍّ رواية أخرى على مثل قولهم، ولم يثبت ذلك، فإنْ ثبت حُمل أنه رجع عنها إلى قول عمر.

ولأنَّ ما قلناه تتعلَّق به [مصلحة][3] ونظر للصُّنَّاع وأرباب السِّلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال، وذلك أنَّ بالناس ضرورة إلى الصنَّاع؛ لأنه ليس كل أحدٍ يحسن أنْ يخيط ثوبه أو [يقصِّره][4] أو يطرِّزه، فكانت بهم ضرورة إلى دفع الثياب إلى الصنَّاع.

فلو قبلنا قولَهم في الإتلاف، وعلموا أنَّا لا نضمِّنهم؛ لتسرَّعوا إلى ذلك، ولاجترؤوا على الناس، وللحِقَ أربابَ السِّلع ضرر شديد، لأنهم بين أنْ يدفعوها إليهم فيعرِّضوها للهلاك، أو لا يدفعوها فيضر بهم.

فكان هذا مِن الأمور العامَّة الغالبة التي يجب مراعاتها والنظر فيها للفريقين، فكان الحظ في دفعها إليهم على التضمين، حتى إذا علم هلاكها ببيِّنة لم يضمنوا لإزالة الضَّرر عنهم، كما إذا لم يعلموا؛ ضمنوا لإزالة الضَّرر

---

(1) أخرجه عبد الرزاق (14948)، وقال الحافظ في التلخيص (4/ 1942): إسناده منقطع.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة (21450)، والبيهقي في الكبرى (11666)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (4/ 1942): «رواه البيهقي عن علي بسند ضعيف، ورُوي عن عثمان من وجه أضعف من هذا».

(3) زيادة من المعونة (2/ 1111).

(4) في (ع): (يقصرها)، والمثبت من المعونة.

عن أرباب الأموال.

ولا يدخل عليه الوديعة؛ لأنه لا ضرورة عامة إليها، ولا الراعي؛ لأنه لا ضرورة غالبة إليه.

ولأنَّ الإنسان يقدر أنْ يلِيَه بنفسه.

ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه مِن غير استحقاق للأخذِ بعقد متقدِّم؛ فلم يُقبَل قولُه في تلفِها؛ أصله: القَرض والعاريَّة.

ولا يدخل عليه الموصى له بخدمة العبد؛ لأنه باستحقاق، ولا المستأجر لأنه بعقد مقدَّم.

فإنْ قيل: المعنى في العاريَّة أنه قبضها لمنفعة نفسه وحده؛ فلذلك [و/ 345] ضمن، وفي مسألتنا قبض لمنفعة نفسه وربِّه.

قيل له: ليس كذلك، بل قبضَها لمنفعته فقط، على أنه ينتقض بالقِراض؛ لأنَّ العامل قبض المال لمنفعة نفسه وربِّه -على ما قالوه-.

فإنْ قيل: المعنى في القِراض لأنه تمليك ببدل.

قيل له: لا يمتنع أنْ تختلف أسباب الضمان؛ فيكون في بعضها، وفي غيره لعلة أخرى، وهو ما ذكرناه مِن المصلحة.

واحتجَّ مَن خالَفَنا بأنْ قال: عين حصلت في يده بعقد إجارة مِن غير أنْ يتعلَّق حكم التمليك بها؛ كالمختص.

والجواب: أنَّ المختص إنْ كان هو الذي لم يدفع إليه فالمعنى فيه أنه لم

يحصل فيه قبض يتعلَّق به عليه الضمان، وليس كذلك في مسألتنا.

قالوا: ولأنها عين حصلت في مدَّة بإذن مالكها مِن غير وثيقة وبدل؛ كالوديعة.

وهذا لا يوجد في الفرع؛ لأنَّ السلعة حصلت في يد الصانع ببدل على عمله، وهو الأجرة، وينتقض بالعاريَّة.

ثم المعنى في الوديعة أنها قبضها لمنفعة ربِّها خالصا، لا نفع له فيها بوجه.

وعلى أنَّ في مسألتنا المصلحة ما قلناه، وعلى أنَّ المودع له حالتان:

حالة يصدَّق فيها إذا ادَّعى تلفَ الوديعة؛ وهي إذا تجرَّدت له الأمانة.

وحال لا يصدَّق فيها؛ وهي إذا دفع إليه المال ببيِّنة فلا يَبرأ إلا ببيِّنة.

وكذلك العامل في القِراض إذا دفع إليه المال ربُّه ببيِّنة.

قالوا: ولأنَّ وجوب الضمان لا يخلو أنْ يكون بالعقد أو بالقبض:

فلو كان بالقبض؛ لم يختلف ما يمكن الاحتراز منه وما لا يمكن كالغصب.

ولا بالعقد؛ لأنه يوجب الضمان وإنْ لم يقبضه.

فالجواب: أنه إنما اختلف حكمُ ما يمكن الاحتراز فيه وما لا يمكن لأنَّ أصل الضمان بالتعدِّي، فإذا ثبت أنه لا يمكن بتعدٍّ فلا ضمان، وما لا يثبت فلا يُقبل قولُهم فيه، للمصلحة التي نراعيها.

فأمَّا الغصب فإنه مضمونٌ بالتعدِّي؛ فلم يفترق الحكم فيه.

قالوا: ولأنهما اشتركا في المنفعة فلم يضمن بالقبض؛ كالقِراض والمساقاة.

والجواب: أنَّ المساقاة أمرٌ ظاهر، والقِراض له حالتان -على ما بيَّناه-.

قالوا: ولأنَّ في الإجارة المنفعة لأحدهما وبدلها للآخر، ثم الضمان على المالك، كذلك في مسألتنا المنفعة للمالك والأجرة للصانع؛ فيجب أنْ يكون الضمان مِن المالك.

والجواب: أنَّ هناك مالا في عقد معاوضة لا يتعلَّق به مِن المصلحة ما يتعلَّق بمسألتنا.

فصل:

فأمَّا الكلام في الفصل الثاني، وهو ما علم هلاكه ببيِّنة، وأنه لا صنع لهم فيه:

فعند مالك وابنِ القاسم: أنه لا ضمانَ عليهم فيه.

وعند أشهب: أنَّ عليهم فيه الضَّمان.

ووجه ذلك: أنَّ أصل قبضِهم هو على الضَّمان؛ فلم يسقط عنهم بالبيِّنة حَسْما للباب.

ولأنَّ ما طريقه المصالح وقطع الذَّريعة لا يتخصَّصُ بالأعيان؛ كمنع قَبولِ شهادةِ الأب لابنه.

وقياسا عليه: إذا لم يعلم تلفه إلا بقبضه.

ولأنَّ كل مَن ضمن بلا بيِّنة ضمنَ بالبيِّنة؛ كالغاصب، وعكسه: المُودَع.

ولأنه قَبَضَ العينَ لمنفعة نفسِه مِن غير استحقاقٍ على أحد فضمنَها؛ [كالقرض][1].

وقول مالك وابن القاسم أَقْيَسُ وأصحُّ.

ووجهه: أنه أجيرٌ ثبت هلاكُ ما دُفع إليه بغير تفريط؛ فأشبه الخاص.

وقياسا لهذه العلة على البَيْطار والحَجَّام والرَّاعي.

وقياسا على مال القِراض؛ [و/ 346] لأنه قبضَه بإذن مالكِه [لمنفعتهما].

وقياسا على المودَع؛ بعلة أنه قبضه بإذن مالكه [لا على وجه البَدَل] مع بقاء ملكه على الرَّقبة[2].

وما ذكره يبطل بالعذر الظاهر في أشياء مِن الذريعة:

مثل مَن فاتته الجمعة؛ فإنَّا نمنعُه أنْ يُصلي الظهرَ في جماعة، لئلا يكون ذريعةً لأهل البدع، ثم يجوز ذلك لأهل العذر الظاهر كالمرضى والمحبوسين، كذلك في مسألتنا إذا كان عذر الصانع ظاهرا.

وأمَّا إذا لم يُعلم ببيِّنة؛ فلا عُذرَ له يُعلم به صدقُ قولِه.

وأمَّا الغاصب؛ فإنه يضمنُ بأصل التعدِّي واليد، وفي مسألتنا بخلاف ذلك.

---

(1) في (ع): (كالقراض)، ولعل المثبت أليق بالسياق، وفي المعونة (2/ 1111): (كالمقترض والمستعير).

(2) في (ع): (وقياسا على مال القِراض؛ لأنه قبضَه بإذن مالكِه لا على وجه البَدَل، وقياسا على المودَع؛ بعلة أنه قبضه بإذن مالكه لمنفعتهما مع بقاء ملكه على الرَّقبة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

واعتبارهم بالقرض يبطل بالقِراض وبالرَّاعي وبالأجير [الخاص][1].

ثم [القراض][2] قبضه على عِوض يملك به الرَّقبة فصار كالبيع، ألا ترى أنه يتصرَّف في العين بكل وجهٍ تَصرُّف المالِكِين، حتى لو طلب صاحبها العين لم يكن عليه ردها، والصانع قبض السلعة العين نفسها، وقد حظر عليه التصرُّف فيها بغير وجه الصنعة.

فصل:

فأمَّا الفصل الثالث: وهو أنه لا فصل بين أنْ يكونوا عملوه بأجر أو بغير أجر.

والخلاف فيه مع أبي حنفية؛ لأنه يقول: إنْ عملوه بأجرٍ ضمنوا، وإنْ كان بغير أجر لم يضمنوا.

فنقول: لأنه صانع لم تَقُم له بيِّنة على هلاك الشيء؛ كما لو عمله بأجر.

ولأنَّ تركه الأجر لا يُخرجه عن بيِّنة الصنَّاع في الضمان؛ كما لو عمله بأجرة ثم وهبها للمالك بعد العقد.

فإنْ قيل: هو كالمودَع؛ لأنه لا نفع له فيه.

قيل له: الوديعة أصلها الأمانة فبقيت على أصلها، وأصل الصنَّاع التَّضمين.

فصل:

فأمَّا الكلام في الفصل الرابع: وهو أنه إذا ثبت هلاكه ببيِّنة، وسقط الضمان،

---

(1) في (ع): (الحاضر)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (القرض)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فهل يجب لهم الأجر أم لا؟

اختلف أصحابنا:

فقال ابن القاسم: لا أجرةَ له.

وقال ابن المَوَّاز: له الأجرة.

فوجهُ قولِ ابن القاسم: هو أنَّ المالك لم يسلِّم له غرضه الذي تلزمه الأجرة في مقابلته، فأشبهَ إذا هلك بتفريط مِن الأجير.

ولأنَّ الإجارة بيع منافع؛ كالأعيان، ولو هلك المَبيعُ الذي يتعلَّق به حقُّ التَّوفية قبل تسليمه إلى المشتري لم يلزمه ثمنه؛ فكذلك الإجارة في هذا الموضع.

ووجه قول ابن الموَّاز: قوله ﷺ: «اعطِ الأجيرَ أجرَه قبلَ أنْ يجفَّ عرقُه»[1]، فعمَّ.

ولأنه أجيرٌ وفَّى عملَه وسقط عنه ضمانه فكان له الأجر؛ أصله: الأجير الخاص؛ لأنَّ الأجرة [في][2] مقابلة العمل دون سلامة السِّلعة، فإذا حصل العملُ وجب استحقاقها؛ أصله: إذا قبضَها وهلكت عندَه.

فصل:

فأمَّا الكلامُ في الفصل الخامس: في أنهم لا يضمنون ما لم يقبضوه؛ فلأنَّ سبب الضَّمان الذي هو القبض لم يَحصل منهم؛ فلو ألزَمْناهم الضمانَ لكان

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 365).

(2) في (ع): (فيما)، والمثبت من المعونة (2/ 1112).

قد لزمهم بمجرَّد العقد، وذلك باطل.

ولأنَّ المعنى الذي لأجله ضمَّناهم بالقبض أنه لا [يعلم][1] صدقهم فيما يدَّعونه، فيخاف متى صُدِّقوا أنْ يكون ذريعة إلى ادِّعائهم ذلك، وتَجرُّئهم على أرباب السِّلع، وهذا لا يوجد فيه إذا لم يقبضوا، فلذلك لم يلزمهم الضمان.

والله أعلم.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا ضَمَانَ على صاحبِ الحَمَّام).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لأنه [أمين][2] فيما يقبضه؛ لأنه قبض الثياب لمنفعة ربِّها دون منفعة نفسه، فكان كالمودَع؛ فلا ضمان عليه.

ولأنَّ قبضه الثياب منفصلٌ مِن المنافع، وإنما سلَّمها إليه الداخل ليصل إلى استيفاء منفعته، فأشبه مستأجر الدار يودِع متاعه عند المؤاجر [و/ 347] إلى أنْ ينقله إلى الدار فتلف؛ فلا شيء عليه[3].

---

(1) في (ع): (يعمل)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (ليس)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني والهسكوري.

(3) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 260-261)، والهسكوري في شرح الرسالة [63/أ-أزهرية].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا ضَمَانَ على صاحبِ السَّفِينةِ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

الخلاف في هذا مع أبي حنيفة؛ لأنه يقول:

إنْ غرقت مِن مَدٍّ أوعِلاج ضمن.

وإنْ لم يتعدَّ أو إنْ كان مِن موج أو ريح أو شيء وقع عليها، أو كان صاحب الطعام معه؛ فلا ضمان عليه[1].

فنقول[2]: لأنَّ الملاح لم يتعدَّ؛ فأشبه إذا غرقت بالموج والريح.

ولأنَّ كل معنى لا يضمن به إذا كان صاحب المتاع معه؛ فلا يضمن به إذا لم يكن معه، أصله: ما ذكرناه[3].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا كِراءَ له إلا على البَلَاغ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

اختلف في كرائه:

---

(1) الأصل للشيباني (3/ 562).

(2) في شرح الرسالة للفاكهاني: (فدليلنا: أن الملاح ...).

(3) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 262).

فقال مالك: لا كراء له.

وقال ابن نافع: له مِن الكراء إلى موضع بلغ بحسابه.

وذكر شيخنا أبو القاسم[1] أنَّ هذا رواية أخرى لمالك.

فإذا قلنا: لا شيء له؛ فلأنَّ ذلك كالجُعل، لأنَّ العادة جارية في حمل هذه الأشياء أنها على البلاغ، فإذا لم يبلغ سالما فلا شيء له؛ لأنَّ الغرض لم يحصل، إلا بأنْ يشترطا فتلزم بالشرط.

وإذا قلنا: له الأجر؛ فلأنَّ الإطلاق يقتضي أنَّ له الأجرة إلا أنْ يبيِّن أنه على البلاغ.

ولأنه منافع قبَض بعضها وتلف الباقي؛ فلم يراع انتقال المستأجر في وجوب الكراء؛ أصله: إذا استأجر دارا فأغلقها شهرًا ثم احترقت، فإنَّ عليه أجرة ذلك الشهر وإنْ كان لم ينتفع به، ويسقط عنه الباقي.

وقول مالك في هذا أقْيَس عندي؛ لأنَّ العادة تشهد له أنه على البلاغ.

والله أعلم.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا بَأسَ بالشَّركةِ بالأبْدَانِ إذا عَمِلَا في مَوضِعٍ واحدٍ عملًا واحدًا أو مُتَقارِبًا).

---

(1) أبو القاسم ابن الجلاب عبيد بن الحسين بن الحسن.

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال؛ الشركة بالأبدان في الجملة جائزةٌ عندنا وعند أبي حنيفة[1].

وقال الشافعي: لا تصحُّ على وجه[2].

قالوا: لأنها شركة بغير مال كالاحتطاب والاصطياد وشركة الوجوه.

قالوا: ولأنَّ شركة الأبدان في مقابلة شركة العِنان[3]، وقد ثبت أنه لا يجوز في شركة العِنان أنْ يكون مالاهما مجهولين؛ كذلك شركة الأبدان، وهي في الكسب وعملهما مجهول؛ لأنه لا يُعرف قدر عمل واحد.

قالوا: ولأنَّ الأصول موضوعة على أنَّ كل أحدٍ لا يستحقُّ أجرة على غيره إلا أنْ يكون قد بذل عِوضا في مقابلتها، وفي شركة الأبدان يَخيط أحدهما ثوبا، ويجعل نصف الأجرة لشريكه مِن غير أنْ يكون الشريك بذلَ عِوضا في مقابلتها، وذلك خلاف الأصول.

قالوا: ولأنَّ كل واحدٍ يبيع نصفَ كسبه بنصف كسب صاحبه، وذلك غَرر ورِبا.

قالوا: ولأنها شركة بالبدن فوجب [أن][4] لا تصح؛ أصله: إذا اشتركا في صنعتين مختلفتين أو في موضعين مفترقين.

---

(1) المدونة (3/ 595)، شرح مختصر الطحاوي (3/ 243).

(2) الحاوي الكبير (6/ 479).

(3) شركة العنان: أن يشترك اثنان في مالٍ لهما على أن يتَّجرا فيه والربح بينهما. تهذيب اللغة (1/ 81)، المغني (5/ 12).

(4) زيادة يقتضيها السياق.

ودليلنا ما استدلَّ به أصحابنا، وهو:

قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: 41]، قالوا: فجعل الغانمين شركاء فيما غنموا بقتالهم وأفاءت عليهم سيوفهم، وهذا مِن شركة أبدان؛ لأنه ليس هناك مال ولا تجارة.

قالوا: ولمَا روي [أن][1] ابن مسعود شارَك سَعْدا يوم بدر فأصاب سعدٌ فَرَسين[2]، ولم يُصب ابن مسعود شيئا[3]؛ ولم يُنكر النبيُّ ﷺ ذلك عليهما.

ولأنَّ العمل ممَّا تنعقد به المضاربة، فجاز أنْ تنعقد عليه المشاركة مِن جهتهما؛ كالمال.

أو نقول: لأنها شركة في [مكسب][4] مباح؛ فجاز أنْ تكون مباحة مع الحاجة العامَّة كالشركة بالمال.

أو لأنها أحد [أصلي][5] عقدة القِراض؛ فجاز أنْ يشتركا [و/ 348] فيه، كالمال.

ولأنَّ المقصود هو العمل؛ لأنَّ ثمن المال واستحقاق الربح هو العمل، بدليل أنهما لو شرطا العمل على أحدهما لم يجز، ولو شرطا المال مِن عند

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) في مصادر التخريج: (أسيرين).

(3) أخرجه أبو داود (3388)، والنسائي (3937)، وابن ماجه (2288) من طريق أبي عبيدة عن أبيه ابن مسعود، وقال ابن عبد الهادي في التقيح (4/ 148): «أبو عبيدة لم يسمع من أبيه».

(4) في (ع): (مسبب)، والمثبت من المعونة (2/ 1148).

(5) في (ع) ما صورته: (صلى على)، والمثبت من المعونة.

أحدهما والعمل مِن الآخر لجاز، وكانت مضاربة، وإذا صحَّ هذا؛ وجب متى اشتركا في شركة الصنعة[1] أنْ يجوز، لإيقاعهما العقد على المعنى الذي له يقصد، وهو الأصل فيه.

ولأنَّ صحَّةَ الشركةِ في الأصول لا تقفُ على مال، بدليل جوازِ المُضاربة مِن جهة أحدِهما، وهو نوعٌ مِن الشركة.

ولأنَّ المضاربةَ لمَّا صحَّت على مالٍ وعملٍ وهما مختلفان -وفي مسألتنا يحصل العملان متَّفقَين- كان بالجواز أَوْلى.

ولأنَّ الشريكين في المال إذا اشتريا سلعةً صار نصفُ الثمن مضمونا على صاحبه، وصار ذلك سببا لاستحقاق الرِّبح؛ فدلَّ ذلك على اعتبار الضمان في استحقاق الرِّبح، وهذا موجودٌ في مسألتنا.

وإذا ثبت هذا؛ فلا نسلِّم قياسَهم على الاحتطاب والاصطياد؛ لأنَّ ذلك جائزٌ عندنا.

فأمَّا شركةُ الوُجوهِ فالمعنى فيها أنها شركة بما في الذِّمَم، أو لأنه لا يجوز شيء منها في المضارَبة.

وقولهم: «لمَّا كان المال في شركة العنان معلوما وكان العمل المقابل له في شركة البدن مجهولا لم يجز»؛ فغير صحيح، لأنَّ تساوي العملين أو تقاربهما يُعرف بالعادة، والأجرة مقسومة بينهما على مقداره، فلا نسلِّم أنه

(1) في المعونة: «في عمل البدن».

مجهول المقدار، واستحقاق الربح يتعلَّق [بمقدار][1] العمل الذي [يتقبله][2] كل واحدٍ منهم للآخر.

وعلى أنَّ هذا معنى غير مؤثِّر؛ لأنَّ العمل في الإجارة مقابل الأجرة، وكذلك العمل في المضاربة مقابل للربح، ولم يجز أنْ يقال: إنه مجهول.

وإنْ كان مجهولا؛ لم يجز العقد عليه.

وإنْ كان معلوما؛ صحَّ أنْ يعلم فيما يقابله أنه معلوم.

ولا يجوز أنْ يقال: إنه تابع للمال؛ لأنَّ المال للمالك، وبه يستحق الربح، فلا يكون أحدها تابعا للآخر؛ لأنه لو كان كذلك لكان الربح مستحق بالمتبوع، وهو المال.

وكذلك لمَّا كان الربح في مقابلة العمل؛ كان كالأجرة التي هي في مقابلة عمل الأجير، وقد ثبت أنه لا يجوز أنْ يقال إنها تابعة المال؛ فكذلك في القِراض.

وقولهم: «إنَّ الإنسان لا يستحقُّ بدل عمل غيره»، وهو كما نقول إنَّ الإنسان لا يستحقُّ ربح مال غيره، فإذا جاز في هذا الموضع أنْ يستحقَّه بسبب يوجب الاستحقاق مِن جهته -وهو عمله فيه- جاز ذلك في الشركة، وهو ضمانه للعمل الذي هو في مقابلته، والضمان سبب في استحقاق الربح مِن غير أنْ يعتبر مال؛ بدليل المضاربة.

---

(1) في (ع): (بضمان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (يتقلبه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وقولهم: «إنَّ كل واحدٍ منهما باع نصفَ كسبِه بنصف كسب صاحبه، وذلك غَرر».

والجواب عنه: أنَّ عقد الشركة مستثنى في الأصول؛ فلا يعترض على نوع منه لا يؤدِّي إلى منع أصله، ألا ترى أنَّ في المال يحصل كل واحد بائعا لنصف ربحه بنصف ربح صاحبه.

وقياسهم على الشركة في الصناعتين المختلفتين أو على افتراق المكانين؛ لا يصح، لأنه ينتقض بالغنائم.

ولأنَّ المعنى في الأصل أنَّ الشركة مجوَّزة للرِّفق، ولحاجة كل واحدٍ إلى الآخر في إتمام العمل الذي به يحصل الكسب، ولا حاجة بالإسكافي إلى عمل القصَّار، ولا تمام عمله متعلق به، ولا رفيق له فيه، فعُلم أنهما قصدا محض [و/ 349] الغَرر والقمار.

وفي مسألتنا بخلاف ذلك؛ لأنَّ أحدهما محتاج إلى الآخر في المعاونة؛ إذا كان العمل ربما يحتاج فيه إلى تعاون الاثنين وأكثر.

وإذا ثبت ذلك؛ بطل إلزامهم، وبالله التوفيق.

فصل:

والشركة في الاصطياد والاحتطاب جائزةٌ عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا تجوز[1].

قال الجرجاني: لأنَّ الاحتطاب لا يقتضي ضمانا مِن كل واحدٍ منهما على

---

(1) وهو مذهب الشافعي أيضًا. الحاوي (6/ 480)، شرح مختصر الطحاوي (3/ 255).

صاحبه ولا مالا؛ فلم يبقَ إلا العمل، وما يعمل كل واحدٍ فإنما يتملَّكه بأخذه، فلو جعلنا نصفه ملكا لصاحبه لحصل ذلك بقوله، وهذا لا يصح؛ مثل مَن قال لرجل: «إني أحتطب لك اليوم».

ولا يصحُّ أنْ يكون وكيلا؛ لامتناع الوكالة في هذا الباب.

وليس كذلك شركاء الصنائع؛ لأنه لا يمتنع أنْ يكون أحدهما وكيلا لصاحبه فيتقبَّل العمل فيكون مضمونا عليه، ويطرحه على صاحبه فيعمل له بنصف المال المشروط.

فبان أنَّ أحدهما مخالف للآخر.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

أنها شركة في عمل مباح؛ فوجب جوازها كالخياطة وغيرها.

ولأنَّ الحاجةَ إلى التَّعاون على الصيد والاحتطاب كالحاجة إلى ذلك في سائر الصناعات [أو أشد][1].

وما قاله منتقضٌ بالغنائم؛ لأنهم مشتركون فيها ولا ضمانَ عليهم.

وكذلك الصُّنَّاع إذا عملوا في منزل رجلٍ؛ فلا ضمانَ عليهم فيما تلف مِن عملهم، والشركة بينهم جائزة، وعلى أنَّ ضمان العمل يلزم مِن أحدهما لصاحبه؛ لأنه ليس معنى الضمان في هذا ابتداء أكثر مِن [أنَّ][2] أحدهما إذا عمل عملا استحقَّ على الآخر أنْ يعمل مثله ليستحقَّ به نصف الكَسب،

(1) في (ع): (أأشد)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

ويكون في مقابلة عمل صاحبه.

وقوله: «إنَّ كل مَن عمل في ذلك فإنما يتملَّكه بأخذه»؛ فكذلك في سائر الصناعات، عمل في خياطة أو تجارة؛ فإنما يتملَّك الأجرة بنفس عمله، ثم لم يمنع ذلك أنْ يكون الشريك مستحقا عليه نصف الأجرة لضمانه العمل في مقابلته.

فأمَّا تشبيهه ذلك بقوله: «أنا أحتطب لك اليوم، ويكون لك؛ فيكون» غير صحيح؛ لأنَّ هذا ليس مقابلته ضمان عمل مِن الأجر، فهو كقوله: «[إنما][1] أخيط اليوم فأجرته لك»، ولا يصحُّ، فقد ذكر أصحابنا أنَّ الوكالة تصح فيه. والله أعلم.

فصل:

فأمَّا اشتراطه في ذلك اتِّفاق الصنعة المشترك فيها فالخلاف فيه مع أبي حنيفة[2]؛ لأنه يجوِّز أنْ يشترك القصَّار والدبَّاغ:

قال: لأنها شركة في عمل مباح تصحُّ فيه الوكالة كالمتَّفقين.

وهذا غلط؛ لأنَّ أحدهما لا رفق له في شركة الآخر ولا حاجة [به][3] إلى معاونته، ولا تعلُّق لكسبه بعمله، فإنما قصد القمار والغَرر فقط.

ولأنَّ كل واحدٍ منهما يُشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه ليشاركه الآخر في

---

(1) في (ع): (أنا)، ولعل المثبت أنسب للسياق.

(2) شرح مختصر الطحاوي (3/ 256).

(3) زيادة من المعونة (2/ 1148) والإشراف (3/ 70).

مثل ذلك؛ فلم يصحَّ؛ أصله: إذا قال: اتَّجر في مالكَ لنفسِك، وأتَّجِرُ أنا في مالي؛ فما ربحتُ فلَكَ نصفُه، وما ربحتَ[1] فلي نصفه.

وقياسهم منتقضٌ بالاصطياد والاحتطاب.

ثم المعنى فيه: أنَّ كسب كل واحدٍ لم ينفرد عن كسب صاحبِه، بل هو كسبُ عملٍ واحدٍ وإجارة صناعة واحدة.

وفي العملَيْن: كسب كل واحدٍ منهما ممتاز عن كسب صاحبه؛ فلا حاجة بأحدهما إلى الآخر ولا معونة له فيه، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا اشتراط أنْ يكونا في موضع واحد؛ فلأنَّ التساوي في العمل لمَّا كان معتبرا لم يكن ذلك إلا على هذا الوجه، فلذلك اشترطه.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وتَجوزُ الشَّرِكةُ في الأموالِ إذا كان الرِّبحُ بينَهما بقَدْرِ ما أخرَجَ كلُّ واحدٍ منهما، [و/ 350] والعَمَلُ عليهما بقَدْرِ ما شَرَطَا مِنَ الرِّبحِ لكلِّ واحدٍ، ولا يجوزُ أنْ يَخْتَلِفَ رأسُ المالِ ويَسْتَوِيَا في الرِّبحِ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

اشتراطه أنْ يكون الربح منهما بقدر المال، وأنه لا يجوز اختلاف رؤوس

(1) في المعونة: (ربحت أنت).

الأموال وتساوي الربح؛ فهو قولنا وقول الشافعي[1].

وقال أهل العراق إلا زُفَر بجواز أنْ يُخرج أحدهما ألفا والآخر ألفين، ويَعملا بالمال على أنَّ الربح بينهما نصفين[2].

والذي يدلُّ على ما قلناه:

أنه قد ثبت أنَّ عقد الشركة يوجب في جهة كل واحد مِن الشريكين قسطا مِن الربح والخسران، ثم اتَّفقنا على أنَّ أحدهما لو شرط على الآخر جزءا مِن الربح لعلة أنهما ثمرة مالَي الشركة فوجب تساويهما فيه بقدر المال.

وإنْ شئت قلت: لأنه أحد موجبي عقد الشركة؛ فإذا شرط فيه التفاضل بخلاف حساب المالين لم يصلح، أصله: الخسران.

ولأنَّ الربح ثمرة المال، والمال أصله؛ فوجب أنْ يكون مقسَّطًا بين الشريكين على قدر الملك، ولا يجوز أنْ يشترط أحدهما على الآخر زيادة لحقِّ شركته، كذلك في مسألتنا.

قال بعضهم: إنْ أرادوا بقولهم: «إنَّ الربح ثمرة المال» أنه حادث منه كحدوث الثمرة مِن النخل؛ فهو جهل منهم.

وإنْ أرادوا أنه يستحق به فصار كالنماء منه فليس بصحيح؛ لأنَّ الحادث على مال الغير يجوز أنْ يستحقَّه [مِن غير][3] المال؛ كالربح في المضاربة.

---

(1) المدونة (3/ 609)، الحاوي الكبير (6/ 476).

(2) التجريد للقدوري (6/ 3049).

(3) في (ع): (عين من)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

يقال له: إلى الآن هذا جهل منك لا ممَّن جهَّلت؛ لأنَّ مفهوم هذا الكلام في تعارف أهل اللسان وعادة أهل التخاطب أظهر مِن أنْ يحمل هذا التأويل المتعسَّف والتعليل المتكلَّف؛ لأنَّ أحد[1] لا يجهل إذا قيل له: «هذا ثمرة هذا»؛ أنَّ معناه: منه استفيد، وهو الجالب له، كما يقال: «ما ثمرة هذا الكلام؟»، و«أي شيء أثمرَ سؤالك لزيد؟» و«ما أرى خدمتي لك تُثمر شيئا»؛ معناه: تنتج فائدة، أو يكون منها سبب نفع، وهذا تشبيه بثمرة النخلة المستفادة منها.

فإذا قلنا: «إنَّ الربح ثمرة رأس المال»؛ فلم نرد به أنه حدث مِن نفس المال كما تحدث الثمرة مِن نفس النخل، والجهلُ بمَن يظنُّ هذا بقولنا ألْيَقُ.

وإنما نريد أنه الجالب له، وسبب إفادته، مِن جهته حصل، وإذا كان الأمر كذلك؛ سقط ما قاله.

فأمَّا قوله: «إنه لا يمتنع أنْ يحدث نماء في مال رجل، ويستحقَّ غيره بعضَه»، فمَن منع هذا أو تنازع فيه؟ وإنما موضع تعلُّقنا إذا حدث نماء في المال على الصفة التي ذكرناها مِن المالكين وشركتهما في أصل هذا [النماء][2].

والقِراض ليس مِن هذا في شيء، وإنما هو عوض عن العمل لا مستحق بأصل كان هذا النماء عنه.

---

(1) كذا في (ع).

(2) في (ع): (نما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

قياس آخر: لأنه شرط ينافي موجب العقد ومقتضاه؛ فوجب أنْ تبطل الشركة، أصله: إذا شرطا أنْ يكون الربح والخسران في جهة أحدهما.

ويبيِّن ذلك أنَّ التساوي في الربح مِن موجب العقد؛ أنهما إذا أطلقا العقد اقتضى إطلاقه أنْ يكون الربح بينهما على قدر رأس المال.

قال الجرجاني: هذا يبطل بالمضاربة؛ لأنَّ مقتضى العقد أنْ يكون الربح تابعا، فيستحقه المالك، ثم لم يمتنع هذا أنْ يشترط بعضه للمضارب ولا يؤدِّي إلى نفي مقتضى العقد.

يقال له: متى اقتضى العقد أنْ يكون هذا حكمه؟ والقِراض معروف في الجاهلية، وأجازه المسلمون مستثنى مِن الإجارة؛ فكيف يكون العقد الخارج مِن العقود المنفردة بنفسها مقتضيا إلا ما قرَّره الشرع؟

قال: ولأنَّ إطلاق العقد قد يقتضي أمرا ليس مِن موجبه، كمَن باع عبدا مِن رجلين أو وهبه، فإنَّ إطلاق هذا يقتضي [و/351] انقسامه، وإنْ جاز أنْ يغيره فيجعله أثلاثا.

يقال: لسنا نسلِّم هذا، ولا يقتضي إطلاق عقد إلا ما هو مِن موجبه، فمتى اقتضى ما ليس مِن موجبه كان قولنا: «إنه اقتضاه» مجازا، وإنما يعلم ذلك بدليل سوى العقد.

فأمَّا بيع العبد مِن رجلين؛ فالإطلاق لا يقتضي إلا كونه بينهما على قدر الأثمان.

وأمَّا إطلاق العبد في الهبة؛ فليس له حكم، لأنَّ العقد هو على ما أراده الواهب، فإذا سكت دلَّ على أنه أراد التَّساوي، فأمَّا أنْ يكون العقد أوجبَه فلا.

فإنْ قالوا: إنَّ الربح حقٌّ لكل واحدٍ منهما، ولكل واحدٍ منهما أنْ يهب حقَّه.

قلنا: هبة المجهول لا تجوز عندكم، ثم ليس كل حقٍّ تحصل هبته، لأنَّ هاهنا حقوقًا لا تجوز هبتها؛ كالفروج وغيرها.

فإنْ قالوا: لأنه شريك مقاسِم للربح فجاز تفصيله؛ كالمقارض.

قلنا: القِراض أصل مستثنى، له حكم نفسه؛ فلا يجوز القياس عليه كالحوالة والعريَّة، وعلى أنَّ المقارض ليس في يده مال، وإنما هو في الحقيقة مستأجر بجزء مِن الربح إنْ حصل، وليس كذلك الشريك؛ لأنه يرتجي ربح مال نفسه، وإنما عقد الشركة بينهما على التعاون، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا (شرطه بأنْ يكون العمل بقدر شرطهما في الربح):

فالخلاف فيه مع أبي حنيفة[1].

لأنَّ مذهبنا أنهما لو شرَطا العمل على أحد الشريكين؛ لم يجز، لمَا ذكره.

وعنده؛ أنه إنْ كان لأحدهما ألف وللآخر ألفان؛ فشرَطا العمل على صاحب الألفين غير جائز، وشرطه على صاحب الألف جائز.

(1) التجريد للقدوري (6/ 3050).

قال: لأنه يكون صاحب الألف مشاركا بالألف، ويصير باقي المال مضارَبة.

وهذا غلط؛ لأنَّ اشتراط العمل على أحدهما استئجار مِن الآخر له بفضل ربح ماله، وذلك غَرر؛ لأنه لا يعلم قدر الربح ونهاية العمل.

ولأنَّ كلَّ واحدٍ تركَ العمل المستحق عليه بحقِّ الشركة بما بذلَه مِن فضل ربحِ ماله، كما لو شرط العملَ على صاحب الألفين والربح بينهما نصفين، أو شرط أكثر الربح للذي لا يعمل وأقله للذي يعمل، فإنَّ ذلك كله غير جائز.

وما ذكروه مِن أنَّ الباقي يكون قِراضا؛ لا يصحُّ، لأنَّ الضمان هاهنا منهما والنقصان عليهما، وليس كذلك حكم المُقارِض، والله أعلم.

فصل:

وشركةُ المفاوضة[1] جائزةٌ.

وبه قال أبو حنيفة في الجملة[2]، وخالَفَنا في بعض شروطها على ما سنذكرُه.

وقال الشافعي: لا تصحُّ على وجه.

وحكى أصحابُه عنه أنه قال: والقِمارُ دونها[3].

(1) شركة المفاوضة: أن يُفوِّض كلُّ واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرُّف في ماله مع غيبته وحضوره. بداية المجتهد (4/ 37).

(2) المدونة (3/ 615)، التجريد للقدوري (6/ 3025).

(3) الحاوي الكبير (6/ 475).

واستدلُّوا:

بنهيه ﷺ عن الغَرر[1]، وهذا غَررٌ؛ لأنَّ أحدَ الشريكَيْن ربَّما ضمنَ ما يأتي على المالَيْن.

وقوله ﷺ: «كل شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل، وإنْ كان مائةَ شَرْط»[2].

ولأنه عقد شركة تضمَّنت أَنْ شارك كل واحدٍ منهما صاحبه في ربح مالٍ انفرد به؛ فوجب ألا تصحَّ، أصله: إذا أبقى أحدُهما لنفسه شيئا مِن الناضِّ أو تفاضل المالان.

ولأنَّ كل عقدِ شركة لم يصحَّ مع التفاضل في رأس المال فكذلك مع التساوي؛ كالشركة بالعُروض.

ولأنَّ هذه الشركة تضمَّنت أنْ يشارك كل واحدٍ منهما صاحبَه فيما لزمَه بغير إذنِه أو بأمرٍ ممنوع منه كالغَصب؛ فلم يصحَّ، أصله: إذا شرطَ مشاركتَه في أَرْش الجنايةِ، كذلك في الضَّمان.

ولأنه عقدٌ على غَرر؛ لأنه لا يَدري هل يكسب أحدُهما ما يُقابل كسبَ الآخر أم لا؟

ولأنَّ أحدَهما قد يَكسب والآخرَ يخسر، فتكون وضيعة هذا على هذا، وربح هذا لهذا، وذلك مِن أكل المالِ بالباطل.

(1) رواه مسلم (1513) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) رواه البخاري (2168)، ومسلم (1504) من حديث عائشة رضي الله عنها.

ولأنه شرط عليه دخوله فيما يكسبه بماله [الخاص][1]، فأشْبَه إذا كان المال مِن عند أحدهما. [و/352]

وقياسا على كون أحدِ الشريكين كافرا؛ لأنَّ كلَّ شركةٍ لم تجز مع اختلاف الدِّينَيْن لم تجُز مع اتِّفاقهما؛ كالشركة الفاسدة.

ولأنه لو كان مال يَنفرد بملكه والتَّصرُّف فيه فقال لرجل: «أريد أنْ أتَّجرَ في مال هذا، فما حصل مِن ربح كان بيني وبينك»؛ كان ذلك باطلا، فكذلك شركة المفاوضة؛ لأنه مالٌ انفردَ كلُّ واحدٍ منهما بمِلكه والتصرُّف فيه؛ فلم يكن الآخر شريكَه في الرِّبح والوضيعة.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

ما رواه الناس أنَّ النبي ﷺ قال: «تفاوَضوا فإنه أعظم بركة»[2].

والعلة المشهورة هي: لأنه نوع شركة تنفرد باسم؛ فوجب أنْ يكون منه الصحيح والفاسد: كالعنان.

ولا يلزم منه شركة الوجوه؛ لأنَّ اسم الشركة لا تتناول الذِّمم على الانفراد.

وإنِ احترزنا منه جاز أنْ نقول: نوع شركة فيما يصحُّ انعقاد الشركة عليه

(1) في (ع): (الحاضر)، والمثبت مما سيأتي من كلام المؤلف.

(2) قال الحافظ ابن حجر: حديث «فاوضوا فإنه أعظم للبركة» لم أجده، ورَوى ابن ماجه (2289) من حديث صُهَيب رَفعه «ثلاثٌ فيهنَّ البركة؛ البيع إلى أجل، والمفاوضة، وإخلاط البُر بالشعير للبيت لا للبيع»، وفي بعض نسخ ابن ماجه: «المقارضة» بدل «المفاوضة»، وقال في بلوغ المرام (851): «إسناده ضعيف»، وينظر: الدراية لابن حجر (2/ 144)، ونصب الراية (3/ 475).

بوجه، والوجوه لا يصحُّ ذلك فيها؛ لأنَّ الجاه لا تصح الشركة فيه على كل وجه.

قال أصحابنا: ولأنَّ تقدير الشركة؛ كأنهما أخرجا المالَيْن، ثم وكَّل كل واحدٍ منهما الآخر على التصرُّف على الإطلاق، وذلك جائز إذا صرَّحَا به، فلا فصل بين أنْ يقصداه وبين أنْ يصرِّحا به.

ولأنَّ شركة المفاوضة تتضمَّن الوكالة والكفالة، وتعلُّق الوكالة بها كتعلُّقها بالعنان.

وإنما [تزيد المفاوضة بالكفالة][1] فيما يثبت لأحدهما قِبَل صاحبه مِن الحقوق.

والضمان يصح في الذمَّة [لمجهول][2]، ألا تَرى أنَّ مَن استهلك شيئا لا يعرف مالكه[3].

فإذا ثبت هذا؛ فالخبر نهيه: «عن بيع الغَرر»، والشركة لا تسمَّى «بيعًا».

ولأنَّ الغَرر عبارة عمَّا الغالب أنه لا يَسْلم، وهذا لا يوجد في مسألتنا.

وقوله: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»؛ لا دليل فيه، لأنَّ هذا موجود في كتاب الله لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29]، وقوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: 282].

---

(1) في (ع): (نريد بالمفاضة الكفالة)، والمثبت من المعونة (2/ 1146).

(2) في (ع): (بمجهول)، والمثبت من المعونة.

(3) كذا في (ع)، وفي المعونة: (... لمجهول؛ كمن استهلك شيئا لمن لا يعرفه).

والأصول التي ردُّوا إليها [أقيستهم][1]؛ غير مسلَّمة، لأنَّ المفاوضة تجوز عندنا، وإنْ تفاضلت رؤوس الأموال وبَقَّى أحدهما لنفسه ناضًّا أو غيره.

إلا أنَّا نتكلم على عللهم:

قولهم: «لأنها شركة تضمَّنت أنْ يشارك كل واحدٍ منهما صاحبَه في ربح مالٍ انفرد به»؛ غير صحيح، لأنَّ المفاوضة لا تقع على أنْ ينفرد كل واحدٍ منهما بماله، لأنَّ ما يشتريانه مشترك بينهما، والملك لهما والربح يحصل على ملكهما.

وقولهم: «كل شركة لم تجز مع تفاضل المالَيْن»؛ غير مسلَّم أيضا، لأنَّ المفاوضة تصحُّ مع ذلك.

فأمَّا إذا كان رؤوس الأموال عُروضًا؛ فتصحُّ الشركة عندنا أيضا.

وقولهم: «إنَّ هذه الشركة تضمَّنت أنْ يشاركه فيما لزمه مِن الأمر الممنوع كالغصب وغيره»؛ غير مسلَّم، لأنه لا يشاركه عندنا في الذي يلزمه بغصب أو جناية أو أمر خارج عن حدِّ الشركة.

وأمَّا أَرْشُ الجناية؛ فإنَّ الشركةَ لا تتعلق بهما، فلم يكن اشتراكهما مِن موجب الشركة، وكذلك الغصب.

وما ذكروه مِن الغَرر؛ موجود في شركة العنان.

وقولهم: «إنه يشرط دخوله عليه في ماله الخاص»؛ غير مسلَّم، لأنَّ ما يشتريه أحدهما بماله مشترك بينهما.

---

(1) في (ع): (أقتبستهم)، والمثبت أليق بالسياق.

وأمَّا مفاوضة الكافر؛ فلمعنى يعود إلى التصرُّف واختلافه في حقِّ المسلم والكافر، وليس كلامنا فيما يرجع إلى حقِّ العاقد.

واعتلالهم بأنَّ كل واحدٍ انفرد بمِلكه؛ غير مسلَّم، لأنَّ كل واحدٍ منهما [353/و] قد باع نصف ماله بنصف مال صاحبه عندنا ووكله في التصرُّف.

وبالله التوفيق.

فصل:

وليس مِن شرط المفاوضة التساوي في رؤوس الأموال.

وقال أبو حنيفة: لا تصح إلا أنْ يتساويا في ذلك[1].

قالوا: ولأنَّ موضوع المفاوضة يقتضي المساواة، والتفاضل في المال ينفي ذلك.

وهذا غلط؛ لأنَّ كل شركة جازت بتساوي[2] رؤوس الأموال جازت مع اختلافهما؛ كشركة العنان.

ولأنها شركة بمال في مكسب مباح فوجب أنْ يستوي في الجواز استواء المالين واختلافهما؛ كالعنان.

ولأنَّ عقد الشركة هو بيع نصيب أحدِهما بقسطه مِن نصيب الآخر، وتوكيل أحدهما الآخر في التصرُّف، وذلك لا يفتقر إلى تساوي المالين.

ولأنَّ الوكالة لمَّا صحَّت مِن كل واحدٍ منهما في قليل المال وكثيره؛ كذلك

(1) التجريد للقدوري (6/ 3029).

(2) في المعونة (2/ 1147): (مع تساوي).

الشركة.

وقولهم: «إنَّ موضوع المفاوضة يقتضي المساواة»؛ [فذلك][1] في التصرُّف، فأمَّا في كل شيء فلا، بدليل أنه لا يقتضي ذلك في أَرْش الجناية.

وبالله التوفيق.

فصل:

وليس مِن شرطها ألا يكون لأحدهما شيء إلا يدخله في الشركة.

خلافا لأبي حنيفة[2].

والكلام في هذا مثل الكلام في تساوي الأموال وتفاضلها.

فصل:

وشركة الوجوه[3]؛ باطلة.

وبه قال الشافعي[4].

وقال أبو حنيفة: جائزة[5].

---

(1) في (ع): (وذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) شرح مختصر الطحاوي (3/ 244).

(3) فسِّرت شركة الوجوه بتفسيرين:

الأول: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه.

والثاني -وهو تفسير القاضي وغيره-: أن يشتركا على الذمم بغير مال ولا صنعة، على أن ما اشترياه يكون في ذمَّتهما وربحه بينهما.

ينظر: الإشراف (3/ 72)، وعقد الجواهر الثمينة (2/ 821)، وجامع الأمهات (ص: 395).

(4) الحاوي الكبير (6/ 477).

(5) شرح مختصر الطحاوي (3/ 249).

ودليلنا:

أنها شركة بغير مالٍ ولا صناعة؛ فلم تصح، أصله: إذا قال: «بِعْ عبدَك وأنا شريكك في ثمنه»، أو «ابتَعْ ما تبتاعه ولي نصف ربحه».

ولأنَّ كلَّ واحدٍ مستعيرٌ جاهَ صاحبه ووجهه، ومستأجر له بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح، وذلك مِن أكل المال بالباطل والغَرر؛ لأنه لا يدري أيسلم ثمنه أم يعود عليه الضمان، أو يربح أو يخسر.

ولأنَّ كل واحدٍ منهما يصير بائعا لنصف ما يشتري بنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه، وذلك غَرر ومجهول.

فإنْ قالوا: شركة الوجوه تنعقد على الوكالة، لأنَّ كل ما يشتري كل واحدٍ فبعضه له وبعضه لصاحبه على وجه الوكالة، وهذه الوكالة تصحُّ حال الانفراد، وكل وكالة صحَّت حال الانفراد عن عقد الشركة جازت مع الشركة؛ أصله: العنان.

قلنا: الوكالة على هذا الوجه؛ لا تصح، لأنه لو قال: «وكلتُك على أنْ تشتري لي سلعةً على أنْ يكون لك ربح سلعتي التي اشتريتها» لم يصح؛ لأنَّ ذلك مجهول منهما جميعا.

فأمَّا العنان؛ فإنما تصح، لأنَّ هناك أصلا تنعقد الشركة عليه، وهو المال.

فإنْ قالوا: قد ثبت أنه يجوز أنْ يشتري الرجلان سلعة نسيئا فيكونان شريكين فيها، ويكون ربحها لهما ونقصانها عليهما.

قلنا: في هذا الموضع تكون الشركة بينهما في هذه السلعة بعينها، وليس

للبائع أنْ يبيع مَن شاء منهما وقد استقرَّ الجزء مِن الثمن في ذمَّة كل واحدٍ، حتى إذا أفلس ومات لم يرجع على صاحبه، وصاحبه مخيَّر إنْ شاء باع وإنْ شاء قاسم، وليس كذلك إذا اشتركا بالوجوه؛ لأنَّ للباعة أنْ يتبعوا كل واحدٍ منهما في الفلس والموت، ولكل واحدٍ منهما التصرُّف بالبيع والقبض؛ فبطل ما قالوه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والقِراضُ[1] جائزٌ بالدَّنانِيرِ والدَّراهِمِ، وقد أُرْخِصَ فيه بنِقَارِ الذَّهبِ [و/ 354] والفِضَّةِ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب ابن نصر -رحمه الله-:

لا خلاف في جوازه بين الأمَّة، وإنِ اختلفوا في كثير مِن شروطه وأحكامه، ورُوي عن عمر وعثمان وكثير مِن الصدر الأول، وهو مذكور في «الموطأ»[2].

ولأنَّ الضرورة داعية إليه؛ لحاجة الناس إلى التصرُّف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها، وليس كل أحدٍ يقدر على ذلك بنفسه، [فدعت][3] الضرورة إلى استنابة غيره.

---

(1) القراض أو المقارضة: أن يدفع الرجل إلى الرجل عينا أو ورِقا ويأذن له بأن يتَّجر فيه على أن الربح بينهما على ما يتشارطانه، والخسارة على صاحب المال. والقراض لغة أهل الحجاز، ويسمِّيه أهل العراق مُضاربَة. الزاهر (ص: 164)، تاج العروس (ضرب)، مواهب الجليل (5/ 355).

(2) الموطأ (2534).

(3) في (ع): (قد عمت)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وربما لم يدخل العامل في ذلك بغير أجرة معلومة؛ لأنَّ العادة جرت مِن عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأنْ يعمل العامل بجزءٍ مِن الربح، فلمَّا كان الأمر كذلك رخِّص فيه على نحو ما رخِّص في المساقاة -لمَا سنذكره-.

فإذا ثبت هذا؛ فلا خلاف في جوازه بالدنانير والدراهم:

وذلك لأنهما أصول الأثمان والمتمولات، وبهما يقوَّم ما عداهما مِن العُروض وسائر المُتْلفات.

فأمَّا النِّقار[1]؛ فوجه الجواز فيها:

فلأنها عين مالٍ ذهبٍ أو فضةٍ لم يخرج عن حكم التعامل بها؛ فجاز القراض فيها، كالمضروب.

ولأنه ليس في كونه نِقارا أكثر مِن عدم الضرب، والسكة لا تأثير لها في الجواز ولا المنع، بدليل أنَّ كل حكم تعلَّق بالذهب والفضة إذا كانا مَسكوكين تعلَّق بهما إذا كانا تِبْرَين؛ مِن منع التفاضل في الجنس الواحد، ومنع الافتراق في الصَّرف [قبل][2] القبض، وغير ذلك.

---

(1) قال اللخمي: «اختلف في القراض بالنقار على ثلاثة أقوال: المنع، والكراهة، والجواز:

فروى ابن وهب عن مالك أنه أجاز ذلك، وبه آخذ.

وروى عنه ابن القاسم أنه قال: لا يجوز، وهو قول الليث.

ولابن القاسم في المستخرجة الكراهية». اهـ.

وكل هذا إذا كان لا يتعامل بها، وأما إذا كان يتعامل بها فلا خلاف في جواز ذلك. التبصرة (11/ 5225)، كفاية الطالب الرباني (2/ 205).

(2) في (ع): (مثل)، والمثبت من المعونة (2/ 1120).

ولا يلزم على هذا ما نقوله مِن [جواز][1] بيع النِّقار جزافا ومنعه في المسكوك؛ [لأنَّ هذا لمعنى][2] [يرجع][3] إلى قلَّة الغَرر وكثرته في المسكوك.

ولأنَّ كونهما نِقارا معنى يخالف السكة؛ فلم يمنع ذلك مِن القراض بها، أصله: إذا انكسرت الدراهم والدنانير فصارت غلة[4]، فإنَّ القِراض بها جائز؛ كذلك النِّقار.

ووجه المنع:

فلأنَّ القِراض بالعُروض، فلمَّا لم يجز لأنها ليست بأثمان؛ كذلك النِّقار ليست بأثمان على ما هي عليه، لأنَّ الناس ليس يتعاملون ويتبايعون بينهم بالنِّقار، وإنما تصير أثمانا متعامَلا بها بعلاج وصنعة.

فما لم يحصل فيها تلك المعاني فهي في حكم العُروض.

ولأنه إذا ثبت تعذُّر التعامل بها وهي على ما هي عليه؛ احتاج العامل أنْ يبيعها بالدراهم والدنانير ليحصل رأس المال غيرها، ولا يخلو أنْ تكون بأجرة أو بغير أجرة:

[**فإن كان بغير أجرة:**][5] كان ذلك زيادة ازدادها ربُّ المال على العامل، وذلك غير جائز في القِراض، لأنَّ مِن سنته التساوي[6]، وعلى ربِّ المال أنْ

(1) زيادة من المعونة.

(2) في (ع): (ولأن هذا المعنى)، والمثبت من المعونة.

(3) زيادة من المعونة.

(4) الغلة هي: الدارهم أو الدنانير المقطعة. المغرب (ص: 344)، تبيين الحقائق (4/ 139).

(5) زيادة يقتضيها السياق.

(6) في المعونة (2/ 1120): (لأن موضوعه على التساوي).

يصرف المالَ إلى العامل على وجه يمكنه التجارة به.

وإنْ كان بأجرة: حصل كأنه قارضَه واستأجره بعقد واحد؛ وذلك باطل، لأنَّ القراض أصل منقولٌ عن بابه يجوز للضرورة، فلا يجوز أنْ ينضمَّ إليه عقدٌ غيرُه، لأنه يخرج عن باب الرُّخصة، ويصير إجارةً مجهولة.

فهذه وجه هذه الرواية، والجواز أَوْلى.

والفرق بين النِّقار والعُروض: أنَّ العروض لا يتعامل بأعيانها، وهذه أعيانها أثمان ورؤوس أموال، وإنما اختلافها في كونها نِقارا أو مَسكوكا يجري مجرى اختلاف المضروب في أنه صحاح أو غلة.

وبهذا يبطل السؤال الثاني، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَجوزُ بالعُرُوض، ويكونُ إنْ نَزَلَ أَجِيرًا في بَيْعِها، وعلى قِراضِ مِثْلِه في الثَّمَن).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

أمَّا منع القِراض بالعُروض فهو قولنا وقول أهل العراق والشافعي، وحُكي جواز ذلك عن ابن أبي ليلى[1]. [و/ 355]

وإنما قلنا ذلك؛ لأنَّ القِراض في الأصل غَرر؛ لأنه إجارة مجهولة إذا كان

(1) المدونة (3/ 629)، الأصل للشيباني (4/ 137)، الحاوي الكبير (7/ 307).

العامل لا يدري كم يربح في المال فيعلم مقدار الجزء المشترط، وكذلك رب المال لا يدري هل يربح أم لا؟ أم هل يرجع إليه رأس ماله أم لا؟ فكان غَررا مِن هذه الوجوه.

إلا أنَّ الشرع أجازه للضرورة إليه، وحاجة الناس إلى التعامل عليه، فيجب أنْ يجوز منه قدر ما جوَّزه الشرع، وما عداه ممنوع بالأصل[1].

ويدلُّ عليه: أنه لا يخلو أنْ يكون رأس المال نفسَ العرض أو قيمته؛ لأنَّ معرفة رأس المال ومقداره لابدَّ منه في القِراض:

فإنْ كان نفس العرض هو رأس المال؛ فذلك غَرر، لأنه يأخذ السلعة وهي تساوي ألفًا فيردها وهي تساوي مائة، فيؤدِّي ذلك إلى تلف أصل المال.

وكذلك فقد يأخذها تساوي مائة فيردها تساوي ألفًا، وفي ذلك تلف أجرة العامل، وذلك غَرر وإضرار.

وإنْ جعلا رأس المال قيمة السلعة؛ فذلك باطل مِن وجهين:

أحدهما: أنَّ رب السلعة يكون قد شرَط على العامل العمل بها إلى أنْ يبيعها، وهذه زيادة منه على العامل، وذلك غير جائز.

والآخر: أنه لا يخلو أنْ يكون الاعتبار قيمتها وقت العقد أو وقت المفاصلة[2]، وأي ذلك كان؛ ففيه ما يؤدِّي إلى تلف المال وذهاب عمل العامل، وكل ذلك غَرر وإضرار، والله أعلم.

---

(1) نقله عن المصنف إلى هذا الموضع الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 273-274).

(2) في المعونة (2/ 1121): (المعاملة).

فصل:

إذا ثبت منع ذلك؛ فمتى نزل فهو فاسد يجب فسخه، فإنْ لم يفسخ حتى عمل العامل بالثمن فله أجر مثله في بيع العُروض.

فأمَّا ما يكون له بحقِّ العمل؛ فقد اختُلف فيه عن مالك ما الذي يجب بالقِراض الفاسد على العامل:

فروى عبد الملك عنه: أنه يُردُّ إلى قِراض مثله جملة مِن غير تفصيل.

وروى ابن القاسم تفصيلا في ذلك، وهو: أنْ ينظر إلى الفساد:

فإذا كان مِن جهة زيادة منفعة يَشترطها أحدُهما على الآخر؛ ففيه قِراض مثله.

وما كان مِن غير ذلك؛ ففيه أجرة المثل.

وذكر أبو محمد ابن أبي زيد عن ابن الموَّاز عن مالك: أنه إنْ أخذ قِراضا على الضمان فله الأقل مِن قِراض مثله وممَّا سمَّى له مِن الربح.

وهذا يوجب أنْ تكون روايةً ثالثة في المسألة[1].

وعن أبي حنيفة والشافعي -رضي الله عنهما- أنه تجب أجرة المثل في القِراض الفاسد[2].

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رضي الله عنه-:

والنظر يقتضي أنْ يُردَّ إلى أجرة المثل، أو إلى قِراض المثل جملة مِن غير

---

(1) النوادر والزيادات (7/ 247).

(2) شرح مختصر القدوري للزبيدي (1/ 292)، الحاوي الكبير (7/ 315).

تفصيل، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسانٌ وليس بقياس.

والفصل بين أجرة وقِراض المثل:

أنَّ أجرة المثل تتعلَّق بذمَّة ربِّ المال؛ سواء كان في المال ربح أم لا.

وقِراض [المثل][1] متعلِّق بربح إنْ كان في المال؛ فينظر كم ينبغي أنْ يكون حظ هذا العامل منه إذا نزع هذا الشرط فيدفع إليه مِن الربح، وإنْ لم يكن في المال ربح أو كان وضيعة فلا شيء له.

هكذا كان يفسِّره أصحابنا.

قال القاضي أبو الحسن ابن القصَّار -رحمه الله-[2]: يحتمل عندي على قول مالك -رحمه الله- أنْ يكون له ما يساوي قِراض مثله، وإنْ كان في المال وضيعة أيضا.

قال القاضي أبو محمد: فعلى هذا يجب أنْ يكون الفصل بين أجرة المثل وقِراض المثل:

أنَّ أجرة المِثل متعلِّقة بالإطلاق؛ بأنْ يقال: لو استأجر ربُّ المال مَن عمل له هذا العمل كم كانت تساوي أجرته مع سلامة العقد، فيكون ذلك للعامل.

وقِراض المِثل؛ يتعلَّق بالشرط الذي شرطاه، كأنه قارَضَه على النصف وعلى أنَّ الزيادة التي زادها لنفسه؛ فيقال: إذا كان العامل قد رضي النصف

---

(1) زيادة من المعونة (2/ 1129).

(2) نقل قول ابن القصار وكلام المصنف بعده ابنُ رشد في المقدمات الممهدات (3/ 15) وصدره بقوله: «وقد حكى عبد الوهاب في «شرح الرسالة» عن القاضي أبي الحسن ...».

على هذا الشرط الفاسد فكم ينبغي أنْ يكون له؟ فما قيل مِن شيء فهو قِراض

[و/ 356] المِثل.

فإذا تقرَّر هذا؛ فوجه القول بأنَّ المستحقَّ هو أجرة المثل هو:

أنَّ كلَّ عقدٍ صحيح يوجب عِوضا مسمى للعامل بالعمل، وإذا كان فاسدا فللعامل أجرة المِثل في عمله؛ أصله: إذا استأجَرَ إجارةً فاسدة.

ولأنَّ العاملَ دخل على أنْ يكون في مقابلة عملِه عِوض، فإذا لم يسلَّم له عوضه الذي شرَطه بفساد العقد بالشرط لم يَجُز أنْ تتلف عليه منافعه، ولم يكن [ذهابه][1] عليه، [ووجب][2] رد قيمتها، وليس ذلك إلا أجرة المثل.

كالبيع الفاسد؛ أنه يرد فيه البيع، فإنْ لم يكن قائم فقيمته.

ولأنَّ القِراضَ عقدٌ مستثنى مِن الأصول للضرورة مع ما فيها مِن الغَرر، فإنما يجوز إذا وقع على وجهه، فإذا وقع على خلاف ذلك؛ قلنا: وقع على الإجارة.

يبيِّن ذلك: أنه لو قال: «ابْنِ لي هذه الدار على أنْ أقارِضَك، وقد قارضتُك على شرط»، وذلك الشرط لا يجوز أنْ ينضمَّ إلى القِراض؛ فقد حصل مستأجرا له -لا محالة له- على ذلك للعمل بأجرٍ هو ما شرطه دون ربح هذا المال، فإذا فسد العقدُ وجب ردُّه إلى أجرة مثلِه.

---

(1) في (ع): (ذهاب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (وجب)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ووجه القول أنه يُردُّ إلى قِراض المِثْل:

هو أنَّ الأصول موضوعةٌ على أنَّ شبهة كلِّ عقد فاسد مردودة إلى صحيحه لا إلى صحيح غيره مِن العقود، كالنكاح والبيع والإجارة وغيرها.

والقِراض عقدٌ منفردٌ بنفسه فيجب ردُّ فاسدِه إلى صحيحه لا إلى صحيح غيرِه.

فإنْ قيل: فيجب أنْ تردُّوا المُساقاة إذا وقعَت على الشرط الفاسدِ إلى مساقاة المِثل، وكذلك الجعل الفاسد والحوالة.

قلنا: أمَّا المساقاة؛ فكذلك نقول فيها.

وأمَّا الجعل؛ فإنه ضَرْبٌ مِن الإجارة، فإنما سمِّي جعلًا، لأنَّ العمل فيه مجهول، فلم يكن له أصل يُردُّ إليه إلا الإجارة.

فأمَّا الحوالة؛ فإنها رخصة مستثناة مِن الدَّين بالدَّين، فإذا لم تقع على وجهها بطلت جملة، ولم يكن لها أصل تُردُّ إليه.

ثم لو ثبت لهم أنَّ في هذه المواضع لا يردُّ الفاسد إلى الصحيح لم يضرَّنا؛ لأنَّ الأصول منقسمة إلى ضربين:

منها ما يرد فاسدُ كلِّ عقدٍ فاسدٍ إلى صحيحه، وكذلك شبهته كالنكاح والبيع والإجارة.

ومنها ما يستأنف له حُكم ينفرد به.

فأمَّا أنْ يُردَّ فاسد كلِّ عقدٍ إلى صحيح عقدٍ آخر غيره؛ فليس في الأصول.

ولأنَّ العامل دخل [على][1] مثل ما دخل عليه رب [المال][2] مِن التنمية للمال وطلب الفضل فيه، ولم يدخل مِن أنه لابدَّ مِن أنْ يكون [له][3] بدل عمله إنْ كان في المال ربح أو لم يكن، ولا على أنْ يكون له في ذمَّة ربِّ المال.

وإذا كان كذلك؛ وجب ألا يختصَّ أحدُهما بما لا يختصُّ به الآخر، فكما لا يكون على العامل شيء إذا أبضع[4]؛ كذلك لا يكون له شيء إذا لم يربح.

فإنْ قالوا: إنما دخل العامل على هذا في العقد الصحيح، وهو الذي يكون له الربح بكماله، وإنْ كان أكثر مِن أجرة المثل فجاز أن لا يكون له فيه شيء إذا لم يكن فيه ربح، وفي هذه الموضع لو ربح ألفًا وأجرة المثل مائة لم يأخذ إلا المائة.

قلنا: ورب المال إنما دخل على ألا يطالب بما ذهب مِن رأس ماله، وألا يكون له ربح إذا كان العقد صحيحا ورأس ماله سالم، وقد حصل له ربح.

فأمَّا إذا كان الأمر بخلاف هذا أجمع؛ فإنه لم يدخل عليه، فأنتم بين أمرين:

إمَّا أنْ تقولوا: إنَّ المعتبر ما دخلا عليه على الإطلاق، فيحصل منه ما قلناه.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) زيادة من الإشراف (2/ 167).

(3) زيادة يقتضيها السياق.

(4) الإبضاع: هو أن يدفع من مال المضاربة جزء إلى شخص يتجر فيه متبرعا على أن لا يكون لذلك الشخص شيء من الربح، بل الربح للمضارب ورب المال. منح الجليل (7/ 333)، حاشية الدسوقي (3/ 521).

أو تقولوا: على صفة، فليس لكم أنْ تثبتوا تلك الصفة في [357/و] أحدهما إلا ولنا أنْ نقابلكم بإثباتها في الآخر.

فإذا ثبت هذا؛ فالإجارة شاهدة لنا، لأنها إذا وقعت فاسدة ردَّ فاسدها إلى صحيحها، فكان فيه للعامل أجرة المثل كما يكون له المسمَّى في الصحيح.

كذلك القراض؛ يجب أن يردَّ فاسده إلى صحيحه، فيكون له قِراض المثل [كما كان][1] المسمَّى في الصحيح؛ كالإجارة سواء.

وأمَّا البيع الفاسد؛ فإنَّ العِوض مستحقٌّ في الذمَّة، وليس كذلك في القِراض؛ لأنَّ العامل لم يدخل على أنْ يكون العِوض عن عمله مستحقًّا في ذمَّة ربِّ المال.

وقولهم: «إنه قد صار إجارة»؛ غير مسلَّم، لأنَّ المقارضَيْن لم يُريدا إلا القِراض، إلا أنهم عَقَداه على خلاف شرطه، وذلك لا يوجب إخراجهما عن التقارض، والله أعلم.

ووجه ما ذكره ابن الموَّاز هو:

أنَّ العقد لمَّا كان فاسدا لم يجب له المسمَّى؛ لأنَّ ذلك إنما يكون مع صحَّة العقد لا مع فساده؛ لأنَّ ربَّ المال يقول: «إنما سمَّيْتُ لك هذا لِما شرطتُ عليك مِن الضمان، فإذا لم تسلِّم هذا الشرط فلك قراض المثل».

وإنْ كان قراض المثل أكثر مِن المسمَّى؛ فلربِّ المال أنْ يقصره على المسمَّى بأنْ يقول: «أنت قد رضيتَ بما سمَّيته واخترته عِوضا عن عملك؛

---

(1) في (ع): (كا ان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فليس لك غيره، وليس فساد العقد ممَّا يوجب الزيادة لك في العِوض؛ لأنك لا تستحقُّ شيئا زائدا على ما دخلت عليه»؛ فيكون ذلك له، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولِلعامِلِ كِسْوَتُه وطعامُه إذا سافَرَ في المال الذي له بالٌ، وإنَّما يَكتَسِي في السَّفَر البَعِيدِ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

وهذا كما قال في العامل إذا سافر: أنْ ينفق مِن المال، ولا ينفق إذا كان حاضرًا، وبه قال أبو حنيفة[1].

وحُكي عن الثوري أنه قال: ينفق في ذهابه ولا ينفق في رجوعه.

وعن الليث بن سعد -رضي الله عنه- أنه قال في الحضري: يتغدَّى ولا يتعشَّى[2].

والمشهور عن الشافعي أنه لا ينفق في سفر ولا في حَضَر إلا بإذن ربِّ المال[3][4]، وزعم بعض أصحابه أنَّ له في المسألة ثلاثة أقاويل:

واحدها: مثل قولنا.

---

(1) التجريد للقدوري (7/ 3515).

(2) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (4/ 44).

(3) الحاوي الكبير (7/ 320).

(4) نقله عن المصنف إلى هذا الموضع الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 277).

والآخر: أنه ينفق قدر ما بين [نفقة][1] السفر والحضر، ثم هل يقدَّر له أم ينفق قدر حاجته؟ على وجهين.

والثالث: أنه لا نفقة له أصلا؛ وهو الأظهر.

واستدلُّوا لذلك بأنه عامل في القِراض قد رضي بالربح المشترط له مِن عمله؛ فلم يستحقَّ زيادة؛ أصله: الحاضر.

قالوا: ولأنَّ سفره بالمال ضربٌ مِن التصرُّف فيه والعمل به، وذلك لا يوجب له زيادة على ما شرَط؛ لأنَّ الحاضر قد يعمل ولا يستحقُّ بعمله زيادة.

قالوا: ولأنَّا وجدنا كلَّ مَن رضي مِن عمله بأجر فلا يستحقُّ نفقةً إلا أنْ يشترطها مِن ذلك الأجير، والوكيل والصانع إذا قدِّر لهم الأجر لم يستحقُّوا نفقة في سفر ولا حضر، إلا إذا شرطوا ذلك؛ فكذلك [المسألة][2].

قالوا: ولأنها زيادة على قدر ما شرط له؛ فلم يستحقَّها، أصلها: الزيادة مِن أجر الربح، لا خلاف أنه لا يستحقُّها بسفره، كذلك النفقة.

ودليلنا ما ذكره أصحابنا: أنَّ هذه المسألة إجماع في سائر الأعصار لم يخالف فيها أحد مِن أهل العلم عصرا بعد عصر إلى زمن الشافعي، فوجب أنْ يكون القول فيها على ما تقرَّر عليه الإجماع المتقدِّم دون الخلاف الحادث.

---

(1) في (ع): (رفقة)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (المسافة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ولأنَّ العامل لا يدخل على وجه التبرُّع والتطوُّع، وإنما سافر طلبا للفضل، فلو قلنا: إنه لا يستحقُّ النفقة [لأحاطت][1] نفقة سفره بربحه المشترط له وأضعافه.

ولأنه لا خلاف [و/ 358] أنَّ للعامل أنْ يستأجر ما يكفيه مؤونة الحمولة والخدمة مِن المال، وأنَّ له أنْ ينفق عليه مِن المال ويعطيه ما يصلح به أمره؛ فكذلك يجوز له أنْ ينفق منه على نفسه لعلمه بسفره وشخوصه لأجل تنمية المال ومصلحته.

ولأنَّ سفره لَمَّا كان لأجله؛ كان هذا السفر كبعض كُلف المال ومؤونته ونفقاته وأجر الأجراء والعمَّال، فكان العامل الذي هو القائم بالجملة أَوْلى بالنفقة ممَّن يعمل تحت يدَيْه.

ألا ترى أنَّ الإمام الأعظمَ لمَّا جاز [لمن][2] يكفي مَن دونه مِن المسلمين مِن العمَّال والسُّعاة وغيره المؤونة؛ كان هو بأخذ الكفاية مِن مال المسلمين أَوْلى.

ولأنَّا قد بيَّنا في غير موضع أنَّ العُرفَ كالمشترط، لِمَا ثبت مِن قول الأمَّة في العمل به في النَّقد والسَّير والحمولة وغير ذلك.

فإذا ثبت ذلك؛ كان عُرف التجَّار وعادتُهم جاريةً بالنفقة مِن مال القِراض إذا سافر العاملُ فيه؛ صار ذلك كالمشترط.

(1) في (ع): (لإحاطة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (له من)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وإذا ثبت هذا؛ فقولهم: «إنه قد رضي بعمله فلم يستحقَّ زيادة عليه»؛ غير مسلَّم، لأنه دخل على العادة، والعادة ما ذكرناه.

والمعنى في الحاضر أنه لم يتعلَّق عليه لأجل المال ما يحتاج معه إلى زيادة نفقة؛ لأنه لو لم يكن بيده قِراضٌ لكان لابدَّ أنْ ينفق على نفسه وعياله، وليس كذلك المسافر؛ لأنه إنما خرج والتزم مِن المؤونة زيادة على ما يحتاج إليه في حضر لأجل المال وتنميته.

وقولهم: «إنَّ سفره بالمال عمل منه، ولا يستحق لعمله زيادة على ما شرطه»، فنحن لم نقل إنه يستحقُّ لأجل العمل؛ ولكنه عمل زائدٌ على ما يقتضيه العقد، فلزم فيه مُؤنه ونفقته، فهو في حكم المنفصل؛ كالقِصَارة؛ فكان له ما قابله.

يبيِّن ذلك؛ أنَّ ربَّ المال لو شرط عليه أنْ يعمل في المال زيادة على ما يعمله المقارض، وهو أنْ يقصر ويصبغ ويخيط لم يجز؛ لأنَّ ذلك زيادة عمل يستبدُّ بها ربُّ المال، فبانَ الفرق بين الموضعين.

وقولهم: «كل مَن رضي في مقابلة عمله بأجرة فإنه لا يستحقُّ زيادة عليها؛ كالأجير والوكيل».

وجوابه: أنَّ عمل القِراض الذي يلزم العامل بالعقد هو التصرُّف بالبيع والشراء والقبض والإعطاء، وهذا لا يستحقُّ [لأجله][1] زيادة على القدر

(1) في (ع): (لأجل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

المشترط له مِن الربح، كما أنَّ عمل الأجير هي الخدمة التي عليها يستحقُّ العِوض، ثم وجدنا الأجير متى زِيد عليه عملٌ آخر غير الخدمة التي عامل عليها يستحقُّ عِوضا عنها مجرَّدا؛ فوجب أنْ يكون كذلك المقارض، ولا فصل.

وقولهم: «إنها زيادة على [قدر ما][1] شرط له» غلط؛ لأنها ليست في مقابلة ما يستحق عليه مِن العمل بعقد القِراض، وإنما هي لعمل غيره، وإنما كانت تكون زيادة لو كانت في مقابلة ذلك العمل الذي عليه وقعت المعاوضة، وبالله التوفيق.

ولا معنى لتقدير القرض للمقارض؛ لأنَّ الأسفار تختلف في البلدان والأوقات، ولا يشبه ذلك نفقة الزوجة والولد؛ لأنهم مقيمون بموضع قد عُرفت أسعاره وقدر النفقة فيه حتى إذا زِيدَت الأسعار زِيد لهم.

وكذلك؛ **فلا معنى لقول مَن يفرِّق بين الغداء والعشاء** بأنَّ غدوةً يتشاغل بالمال وعشيةً لا يتشاغل به؛ لأنَّ ذلك يختلف باختلاف الأسواق، وقد يأتي عليه وقت يستغرق نهاره كله أو أكثر.

والله أعلم.

فصل:

وقوله: [و/359] **(إنه يكسى)**؛ فلأنَّ الكسوة ضربٌ مِن النفقة والمؤونة

---

(1) زيادة من كلام المؤلف السابق.

[التي][1] يحتاج إليها في السفر، فكان له ذلك.

وقوله: (إنَّ ذلك إنما يكون له في بعيد السفر دون قريبه)؛ فلأنَّ الذي يستحقُّ مِن ذلك قدر ما تدعوه الحاجة إليه، والسفر القريب لا يحتاج فيه إلى الكسوة؛ فلم يَجُز[2] له أنْ يأخذ ما لا يحتاج إليه[3].

فإذا طال وتمادى فيه احتاج؛ فكان له أخذه، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَقتسمانِ الرِّبحَ حتى يَنِضَّ[4] رأسُ المالِ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا لأنَّ العامل لا يستحقُّ شيئا مِن الرِّبح إلا بعد كمال رأسِ المال، ألا تَرى أنه لو ربحَ ثم خسر لجبر الخسران مِن الربح.

فإنْ فضَّل شيئا أخذاه، وإلا ردَّ ما أخذه؛ لأنه إنما دخل على أنْ يأخذ مِن الربح لا مِن رأس المال؛ فإذا لم يكن رِبح فلا شيء له.

وإذا كان الأمر كذلك؛ فلا معنى للاقتسام إلا بعد نضوض رأس المال.

---

(1) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) في شرح الرسالة للفاكهاني: (يكن) بدل (يجز).

(3) نقله عن المصنف إلى هذا الموضع الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 277).

(4) أي: يصير ذهبا أو فضة بعد أن كان متاعا، والناض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير. الصحاح (نضض)، المغرب (ص: 467).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والمُسَاقاةُ[1] جائزةٌ في الأصول على ما تَراضَيَا مِنَ [الأجْزَاء][2]).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

هذا قول أصحابنا وأهل المدينة والكوفة، وهو قول الشافعي[3]، وادَّعى أصحابنا أنه إجماع.

لم يخالف فيه إلا أبو حنيفة[4].

فالذي يدلُّ على جوازها: حديث ابن عمر: «أنَّ رسول الله ﷺ عامل أهلَ خَيْبَر على الشطر مِن ثمرة أو زرع»[5].

ورُوي: «أنه ساقى أهلَ خيبر»[6].

وكان يبعث عبد الله بن رَواحة فيخرص عليهم، ثم أقرَّهم أبو بكر -رضي الله عنه- على ذلك ثم عمر، إلى أنْ بعث ابنه عبدَ الله فسحروه

---

(1) المُساقاة: أن يَستعمل رَجلٌ رجلًا في نخيل أو كُروم ليقوم بإصلاحها، على أنْ يكون له سهمٌ معلومٌ ممَّا تُغلُّه. مختار الصحاح (سقى).

(2) في (ع): (الأجر)، والمثبت من متن «الرسالة» ومما سيأتي من كلام المؤلف.

(3) المدونة (3/ 562)، الأم (4/ 11).

(4) مختصر القدوري (ص: 144).

(5) رواه البخاري (2328)، ومسلم (1551).

(6) رواه أبو عوانة في مسنده (5103) من حديث ابن عمر، والدارقطني في سننه (2948)، والبيهقي في السنن الكبرى (11627) من حديث عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-.

[فتكوَّعَت][1] يده[2]، ثم إنه أجلاهم عنها إلى الشام، ثم عمل عثمان مِن بعد على المساقاة والخلفاء مِن بعده.

فإنْ قالوا: ظاهر الخبر متروك؛ لأنَّ مِن شرط المساقاة عند مجيزها المدَّة، وليس في الخبر ذِكر المدَّة.

قلت: إنَّ الراوي قصد بيان جوازها في الجملة، وإنه ﷺ عمل بها، ولم يتعرَّض لبيان كيفيتها وصفتها وشروطها.

فإنْ قالوا: في الخبر بيان أنه لم يضرب مدَّة، وهو قوله: «أقِرُّكم ما أقرَّكم الله»[3].

قلنا: لم يذكر ذلك على تأويل أنه ساقاهم مدَّة مجهولة، أو أَمَدَ أعمارِهم، وإنما معناه: أقرُّكم على معاملتي ما أقرَّكم الله على شروطها، وذلك كما يعقد الإنسان شركةً أو قِراضا مع رجل ويقول: «أنت شريكي ما أحيانا الله»، ولا يريد بذلك ضرب مدَّة مجهولة، لكن إني أبقى على معاملتك على شروطها.

قال بعض أصحابنا: لا تحتاج المساقاة إلى ضرب مدَّة؛ لأنها مِن جداد إلى جداد؛ كالقِراض أنه مِن محاسبة إلى محاسبة.

فإنْ قالوا: لأنَّ أهل خيبر كانوا عبيدا؛ لأنَّ النبي ﷺ افتتحها عَنوة واستَرَقَّهم.

---

(1) في (ع): (فتوكعت)، والكَوَع بالتحريك: أن تَعوَجَّ اليد مِن قِبَل الكُوع، وهو رأس اليد ممَّا يلي الإبهام. النهاية (كوع).

(2) أخرجه أحمد (4854) من حديث ابن عمر، وهو عند البخاري بنحوه (2730).

(3) أخرجه البخاري (2730) من حديث ابن عمر.

قلنا: عنه أجوبة:

أحدها: أنه ﷺ كان يبعث ابنَ رواحة ليَخْرُص عليهم، فقالوا: أكثَرت علينا يا ابن رواحة، فقال: «إنْ شئتم فلكم، وتضمنون نصيبَ المسلمين، وإنْ شئتم فلي وأضمنُ نصيبَكم»[1]، وعلى قولكم: إنَّ السيِّد لا يصحُّ ضمانه عن عبده.

والثاني: أنَّ ابن رواحة كان يخرص ليعرف قدرَ الزكاة التي كانت تلزم المسلمين، والذمِّي لا يُطالَب بزكاة.

والثالث: أنَّ أبا بكر وعمر أقرَّاهم على المساقاة، وأجلاهم عمر إلى الشام، ولو كانوا عبيدا للمسلمين لم يكن ليتلف عليهم أموالهم.

ولأنه مال لا ينمى بنفسه، ولا تجوز إجارته، وإنما ينمى بما يعمل عليه؛ فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه؛ أصله: مال القِراض.

ولا يدخل عليه المخابرة؛ لأنَّ إجارة الأرض تصحُّ.

ولأنَّ الغَرر [و/360] والخطرَ في المضاربة أكثر؛ لأنه قد يكون في المال ربحٌ وقد لا يكون، وقد يَخسر.

وجواز أحدِ الأمرَيْن كجواز الآخر في النخل؛ قد أجرى الله العادة بأنْ يحمل في كل سنة، وإنْ تلف بعضُ الثمرة أو [خفَّ][2] حملها، فإنه لابدَّ أنْ

---

(1) أخرجه أحمد (14953)، والدارقطني (2050)، والبيهقي في الكبرى (7439) بنحوه من حديث جابر، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (4/ 121): «رجاله رجال الصحيح».

(2) في (ع): (جف)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

يحصل للعامل شيء، فلمَّا جازت المضاربةُ مع ما ذكرناه؛ كانت المُساقاة أَوْلى بالجواز.

واحتجَّ مَن خالَفَنا: بنهيه ﷺ عن المُخابَرة[1]، قالوا: وهو مشتقٌّ مِن خَيْبَر، ومعناه النَّهي عن الفعل الذي فُعل بخَيْبَر، وهو عامٌّ في المُساقاة والمُزارعة.

فالجواب: أنَّ عقود المعاوضات لا يشتقُّ لها مِن أماكنها أسماء بخلاف قولهم: «أَتْهَم» و«أَنْجَد»[2]؛ لأنَّا قد عرفنا مِن لغتهم اشتقاق اسم الفاعل مِن نزوله بالمكان، وعقود المعاملات بخلاف ذلك.

وعلى أنَّ العرب كانت تَعرف المخابرة قبل الإسلام، وهو اسم عندهم لكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، فبطل ما ادَّعوه.

قالوا: ولأنَّ المساقاة إجارة، وقد قال ﷺ لرافع: «لا تستأجر الأرض ببعض ما يخرج منها»[3].

[ولأنها][4] إجارة بأجرة مجهولة؛ لأنَّ النخل لا [يعلم][5] مقدار حملها.

فالجواب: أنَّا لا نُطلق على المساقاة أنها إجارة، ولا معناها معنى الإجارة، كما نطلق ذلك في القِراض والنكاح.

وليس معنى الإجارة أنها عقدٌ على منفعة؛ وإنْ تضمَّنته، ولا أنها لا تصحُّ

(1) أخرجه البخاري (2381)، ومسلم (1536) من حديث جابر بن عبد الله.

(2) يقال: أتهم الرجل: إذا أتى تِهامة. وأَنْجَدَ؛ أي: دخل نجدا. الزاهر (2/ 328).

(3) أخرجه أحمد (17258)، وهو عند مسلم (1547) بنحوه.

(4) في (ع) ما صورته: (ولا باها)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(5) في (ع): (يعمل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

إلا إلى مدَّة لأنها عندنا مِن جداد إلى جداد؛ كالقِراض أنه مِن محاسبة إلى محاسبة.

ويبيِّن ذلك: أنَّ الإجارة لا تكون إلا بشيء في الذمَّة أو معيَّن، والغرض في المساقاة خارج عن هذين.

قالوا: ولأنها عينٌ يُنتفع بها مع بقاء أصلها؛ فلم تصح المعاملة ببعض ما يخرج منها، [أصله:][1] المخابرة، وهي أنْ يخابر أرضه على أنْ يكون نصف الزرع له ونصف للعامل.

وقولهم: «مع بقاء أصلها»؛ احترازا مِن المضارَبة؛ لأنَّ العامل يتصرَّف بالمال وينتفع بتنميته عند تقليب عينه.

وقولهم: «ببعض ما يخرج منها» احترازا مِن الإجارة على البذر؛ لأنه يجوز الانتفاع بالبذر، ولكن لا يصح على أنْ يكون بعض المنفعة له وبعضها للمؤاجر.

فالجواب: أنَّ في المساقاة يحصل مِن العامل العمل حسب؛ كالمضاربة.

وفي المخابرة؛ فلا يخلو البذر أنْ يكون مِن عند المالك أو العامل:

فإنْ كان مِن عند العامل؛ حصل منه بيع طعام ومنفعة بطعام [إن][2] كان العامل يأخذ منه نصف ما تخرجه الأرض عِوضا عن عمله وثمنا لطعامه، وذلك غير جائز.

---

(1) في (ع): (أصل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

وإنْ كان البذر مِن عند المالك، وكان مِن عند العامل العمل حسب؛ فيكون ربُّ الأرض استأجره إجارة مجهولة.

ولا يجوز أنْ يُحمل على القراض؛ لأنه لا يكون بالطعام.

قالوا: ولأنه عقد على ثمرة لم تُخلق فوجب ألا يصح؛ أصله: البيع.

وهذا لا يصح؛ لأنَّ المساقاة مستثناةٌ مِن الأصول؛ كالقراض والعرية وغيرهما.

ولا يعترض [عليها][1] بالأصول؛ لأنها أصل بنفسها.

ثم المعنى في البيع: أنه عقدٌ على ما يمكنه تسليمه، لأنه ليس في الذمَّة ولا عينا قائمة.

وليس كذلك المساقاة؛ لأنها عقد على منافع بعِوَض يكون على المنافع؛ كالمضاربة.

ولا نقول: إنه [إنْ][2] عَقَدَ على النخل عَقَدَ على الثمرة، ويلزمه تسليم الأصول لتُستوفى الثمرة؛ كالإجارة: أنها عقد على منافع الدار لا على رقبتها، لا أنه يلزم تسليم الرقبة لتُستوفى المنفعة منها.

قالوا: بَدَل بَذْل منفعة العامل ثمرة لم يملكها؛ فلم يصح؛ أصله: إذا استأجره بثمرة غيره.

فالجواب: أنَّا لا نقول [و/361] إنه لا يملك المنافع التي تحدث في ملكه؛

---

(1) في (ع): (عليهما)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

لأنه لو كان كذلك لم تصح المعاوضة عليها.

ثم إذا استأجره بثمرة غيره؛ فالإجارة لابدَّ أنْ تكون في الذمَّة أو معيَّنة، وإذا عيَّنها في نخلة بعينها لزمه تسليمه إليه، وذلك غير ممكن، فلهذا لم يصح، كما لو استأجره بثوب أو عرض؛ لزمه تسليمه إليه.

وفي مسألتنا فإنما دخل العامل على أنْ يكون له بعض الثمرة بعمله كما دخل في المضاربة على أنْ يكون بعض الربح له بعمله.

ثم قد ثبت أنه لو قال له: «أستخدمك شهرا على أنْ يكون لك نصف ما أربحه في هذا المال»؛ لم يجز.

ولو ضارَبَه على نصف الربح جاز.

فكل ما فرَّقوا به بين القِراض والاستخدام في هذا فهو فرقنا بين المساقاة والإجارة.

قالوا: ولأنه شرَط له على وجه العِوض بما يحدث مِن ماله؛ فأشبه مَن دفع إلى رجل أغنامه على أنْ يحفظها ويعلفها بنصف ألبانها.

وهذا ينتقض بالمضاربة؛ لأنَّ ما يأخذه هو عوض عندنا، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا قوله: (إنَّ المساقاة جائزةٌ في كل أصلٍ له ثمرة)؛ فالخلاف فيه مع الشافعي[1]؛ لأنه يقول في الجديد: لا يجوز إلا في النَّخل والكَرْم دون غيرِهما.

---

(1) الحاوي الكبير (7/ 363).

واستَدلَّ عليها:

بأنها ثمرةٌ لا تجب فيها الزكاة؛ فلم تَجُز المُساقاة عليها، أصله: ما لا يُثمر [كالغَرب][1] والخِلاف[2].

قالوا: ولأنَّا لمَّا أوجبنا الزكاة في النخل والكَرْم أجَزْنا المساقاة فيهما رفقا بالمالك؛ [فكان][3] المواساة بأنَّ ما يخرج مِن الزكاة، وكذلك الخرص، دون غيرهما مِن الثمار.

والذي يدلُّ على ما قلناه:

ما رُوي «أنَّ رسول الله ﷺ ساقى أهلَ خيبر على ما فيها مِن زرع وشجر»[4]؛ فعمَّ.

ولأنه أصل له ثمر [ظاهر][5]؛ فجازت المساقاة فيها؛ أصله: النخل والكرم.

---

(1) في (ع) ما صورته: (كالموب)، والغَرب: ضربٌ من الشجر. قال الزبيدي: «الغَرَب: -بالتحريك-: شجر يسوَّى منه الأقداح البيض، واحدته غَرَبة». وقال ابن سِيدَهْ: «الغَرْب، بسكون الراء: شجرة ضخمة شاكَّة خضراء حجازية». الصحاح، تاج العروس (غرب)، لسان العرب (1/ 644).

(2) قال الفيومي: «الخِلَافُ -وِزَان كِتَاب-: شجرُ الصَّفْصاف الواحدةُ خِلَافَةٌ، ونصُّوا على تخفيف اللام، وزاد الصاغاني: وتشديدها مِن لحن العوام»، وقال ابن منظور: «وزعموا أنه سُمِّي خِلافا لأن الماء جاء ببزره فنبت مخالفا لأصله فسُمِّي خِلافا، وهذا ليس بقوي». المصباح المنير (خلف)، لسان العرب (9/ 97).

(3) في (ع) ما صورته: (لأن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) رواه بنحوه الدارقطني في سننه (2947)، وقال: «قال يوسف: «من النخل والشجر»، قال ابن صاعد: «وهم في ذكر الشجر، ولم يقله غيره»» اهـ والحديث في الصحيحين بلفظ: «ثمر أو زرع».

(5) زيادة مما سيأتي في الجواب.

فإنْ قالوا: المعنى فيها أنَّ [التعشير][1] والخَرْص يدخلها بخلاف سائر الأشجار.

قلنا: الزيتون عندنا فيه الزكاة، [والعلة][2] لا توجد فيه.

على أنَّ معاني هذه الأشياء ليست مِن معاني المساقاة في شيء، وإنما المعتبر في هذا الضرورة والحاجة؛ كالقِراض.

وعلى أنَّ هذا [يبطل][3] بمساقاة النخلة التي لا تُخرج ما فيه الزكاة.

وليس لهم أنْ يقولوا: «أردنا الجنس» إلا ولنا أنْ نعارضهم بالقَدْر.

وكذلك لا معنى لاعتبار الخَرْص؛ لأنَّ الخرص إنما يحتاج إليه لحفظ حقِّ الفقراء؛ فليس هذا مِن المساقاة بسبيل.

وكذلك قولهم: «إنَّ ثمرها ظاهر» لا اعتبار به؛ لأنَّ المساقاة تجوز عليه قبل خلقه، فأي فائدة في اعتبار ظهوره.

ولأنَّ المعنى الذي جازت المساقاة في النَّخل والكَرْم: أنَّ المالك قد يعجز عن القيام عليه، وعن تعهُّده بالسقي والنفقة، فجاز لهذه الضرورة أنْ يستنيب مَن يقوم مقامه فيه؛ فهذا موجود في سائر الثمار.

---

(1) في (ع) ما صورته: (التسويو)، ولعل المثبت أليق بالسياق، ومما يذكر في كتب الشافعية أن النخل والكرم يخالف سائر الأشجار في خمس مسائل: الخرص، والتعشير، والمساقاة، وجواز الاستقراض، وزاد النخل على الكرم مسألة الإبار. ينظر اللباب لابن المحاملي (ص: 252).

(2) في (ع): (فالعلة)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (يفضل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

وقياسهم ما لا يثمر لا يصح؛ [1] للمساقي عوض عن عمله، فيذهب عمله باطل[2].

والزكاة والخرص؛ قد أجبنا عنهما، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا قوله: (على ما تَراضيا مِن الأجزاء)؛ فلأنَّ العِوض في عقود المعاوضات غير مقدَّر سوى النكاح؛ لأنَّ العِوضَ فيه يتعلَّقُ بحقِّ الله تعالى.

ألا ترى أنَّ البيع والإجارة وسائرَ العقود لا يتقدَّر العِوض فيها؛ فكذلك في المساقاة.

ولأنَّ القِراضَ لمَّا لم يقدَّر العِوض فيه، وهو أشبه شيءٍ بالمساقاة إذا كان طريقهما واحدا ومعانيهما متقاربة؛ فكذلك المساقاة.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والعَملُ كلُّه على المُسَاقَى).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّ العِوض إنما هو عن العمل، فيجب أنْ يكون كله على العامل لمَا شرط مِن العِوض في مقابلته.

---

(1) الظاهر أن في (ع) سقطا، تقديره: (لأنه لا يكون).

(2) كذا في (ع).

كما أنَّ العمل في القِراض الذي به [و/362] يستحق العامل العِوض على العامل دون ربِّ المال، وكذلك رُوي في حديث خيبر[1].

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَشترِطُ عليه عملًا غيرَ عَملِ المُساقاةِ، ولا عَملَ شيءٍ يُنشِئُه في الحائط إلا ما [لا][2] بالَ له مِن سَدِّ الحَظِيرَةِ وإصلاحِ الضَّفِيرَةِ، وهي مُجتَمَعُ الماءِ مِن غيرِ أنْ يُنْشِئَ بِنَاءَها، والتَّذْكِيرُ على العامل، وتَنْقِيَةُ مَنَاقِعِ الشَّجَرِ، وإصلاحُ مَسْقَطِ الماءِ مِن الغَرْب، [وتَنقيةُ العَين][3] وشبهُ ذلك جائزٌ أنْ يُشتَرَطَ على العامل).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

جملة هذا أنَّ العمل على ضربين:

منه ما يتعلَّق بصلاح[4] الثمرة.

ومنه ما [لا][5] يتعلَّق بذلك.

---

(1) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 281-282) وصالح الهسكوري في شرح الرسالة [66/ أ- أزهرية].

(2) زيادة من متن «الرسالة».

(3) زيادة من متن «الرسالة».

(4) في شرح الرسالة للفاكهاني: (بإصلاح).

(5) زيادة من شرح الرسالة للفاكهاني.

فما لا يتعلق بذلك؛ لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه، لأنَّ المساقاة عقدٌ مستثنى مِن الأصول جُوِّز للضرورة، فلا يجوز منه إلا قدر ما جوَّزه الشرع، وما زاد على ذلك كان إجارة مجهولة، و[بيع][1] الثمر قبل بدوِّ الصَّلاح.

وإذا كان الأمر كذلك؛ كان القدر الذي جوَّزته الشريعة، وهو ما تعلَّق بإصلاح الثمرة دون غيره، فوجب قصر المساقاة عليه.

ولأنه لو استأجر إنسانا ابتداء بجزء مِن الثمرة لم يصحَّ، لمَا ذكرناه مِن أنَّ ذلك بيع الثمرة قبل بدوِّ الصَّلاح فيها، وكون العِوض مجهولا، وكذلك إذا اشترطه عليه في المساقاة؛ لأنه معاوض عليه في الموضعين.

وأمَّا ما يتعلق بإصلاح الثمرة فعلى ضربين:

منه ما ينقطع بانقطاعها، أو يبقى بعدها [الشيء][2] اليسير.

ومنه ما يتأبَّد، ويبقى أثره.

فالوجه الأول: لازم؛ وهو الذي يجعل عليه العِوض، مثل التذكير -وهو التلقيح- والسَّقي و[التسريب][3]، وإصلاح مواضع السقي، وجلب الماء، والجداد، وما يتَّصل بذلك.

والوجه الآخر: مثل حفر البئر ابتداء، وإنشاء غراس، أو بناء بيت تُجنى فيه

---

(1) في (ع): (مع)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(2) في (ع): (بالشيء)، والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني.

(3) في (ع): (الترتب)، وفي مطبوع شرح الرسالة للفاكهاني: (الترتيب)، والمثبت من نسخة خطية منه [الوطنية التونسية رقم 3245، 240/أ]، وينظر: المقدمات الممهدات (2/ 556)، ومواهب الجليل (5/ 376).

الثمرة كالجَرين[1] وما أشبهه، فهذا النوع لا يلزم العامل، ولا يجوز شرطه؛ لأنه يتضمَّن زيادة نفع لربِّ المال ينفرد به؛ فهو كالوجه الذي قدَّمنا القول فيه.

ومِن شرط عقد المساقاة والقِراض ألا يشترط فيها إلا قدر ما جوَّزه الشرع فقط[2].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا تَجوزُ المُسَاقاةُ على إخراجِ ما في الحائطِ مِن الدَّوابِّ، وما مات منها فعلى ربِّه خَلَفُه).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لأنَّ على العامل العمل دون ابتداء دواب مِن عنده، فاشتراط المالك ذلك على العامل زيادة منه، وذلك غير جائز.

وقوله: (ما مات منها فعلى ربه خلفه) فلِيَصِلَ العامل إلى عمله[3][4].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ونَفَقةُ الدَّوَابِّ والأُجَرَاءِ على العامِلِ).

---

(1) الجَرين: موضع تجفيف التمر، وتجمع على جُرُن. النهاية (جرن).

(2) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 283-284).

(3) زاد في شرح الرسالة للفاكهاني: (على الوجه الذي دخلا فيه).

(4) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 285-286).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ عليه العمل وجميع المُؤن المتعلِّقة به التي تنقطع بانقطاع الثمرة؛ لأنَّ العِوض على ذلك بيع فاسد.

أمَّا النفقةُ على ربِّ المال؛ زيادةٌ مِن العمل، وذلك غير جائز[1].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وعليه زَرِيعَةُ البَيَاضِ اليَسِيرِ، ولا بَأسَ أنْ يُلْغَى ذلك للعامِلِ، وهو أحَلُّه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

هذا وإنَّ اليسير لا خطب له؛ فلا يحمل على أنه اشترط زيادة.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإذا كان البَيَاضُ كثيرًا لم يَجُزْ أنْ يَدْخُلَ في مُساقاةِ النَّخْلِ، إلا أنْ يكونَ قَدْرَ الثُّلُثِ مِنَ الجَميعِ فَأقَلَّ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب ابن نصر -رحمه الله-:

هذا لأنَّ المساقاة عقدُ غَررٍ مستثنى مِن الأصول للضرورة؛ فلا يجوز أنْ ينضمَّ إليه عقد غيره، لأنَّ ذلك يُخرجه عن بابه؛ كالقِراض، أنه لمَّا كان مستثنى مِن الأصول [و/363] لم يجز مثل ذلك فيه.

---

(1) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 286).

وإذا كان كذلك نُظر:

فإنْ كان البياض كثيرًا؛ كان قد انضمَّ إلى المساقاة إمَّا إجارة أو شركة، وذلك غير جائز.

وإنْ كان يسيرا؛ جاز، لأنه تبع، وحكم اليسير التبع بخلاف حكم الكثير المقصود [لذلك][1]، كما نقول في مَن استأجر دارا وفيها شجرة مثمرة فاستثنى الثمرة؛ أنه إنْ كان قدر ثلث الكراء فأقل جاز، وإنْ أكثر لم يجز، كذلك هذا.

قال القاضي أبو محمد: الجداد في المساقاة على العامل.

وقال محمد بن الحسن: عليه وعلى المالك[2].

والذي يدلُّ على ما قلناه:

أنَّ النبي ﷺ لمَّا ساقى أهلَ خيبر كان يتسلَّم منهم الثمرة، ولم يرووا أنه التزم لهم جدادا، كذلك كان يبعث إليهم عبد الله بن رواحة وغيره ممَّن يخرص عليهم ويضمِّنهم الثمار، ولم يُنقل أنه احتسب لهم بأجر جداد، ولا أنه أخرج مع الخارص مَن يجدُّ كما أنه أخرج مَن يخرص.

ولأنه مِن مصالح الثمرة وخدمتها لا يبقى له أثر بعدها، فكان على العامل؛ أصله: الإبار والسَّقي.

فإذا قالوا: إذا يبست الثمرة واستجدَّت، وقد تقرَّر حق كل واحدٍ فيها؛

---

(1) في (ع): (ذلك)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (4/ 31).

فيكون أجرة التناول على كل واحدٍ منها، أصله: إذا حصلت ملقاة في الأرض على كل واحدٍ أجرة حملها إلى منزله.

قلنا: هذا غير صحيح؛ لأنَّ الثمرة ما دامت باقية على النخل فإنَّ الحق لم يتعيَّن ولا انفرد، إذ هي متعلقة بالأصل الذي له نوقع المساقاة، أو قد بقيت هناك خدمة يحتاج إليها.

وإذا اقتسماها فقد انفصل حقُّهما، ولم يبقَ بين العامل وبين ربِّ الأرض معاملة بوجه، فصار بمنزلة ربِّ المال والمقارض؛ ما دام المال في يد المقارض وفي عروضٍ اشتراها فعلى المقارض العمل والتسليم، حتى إذا جاء به عينا واقتضاه لم تبقَ بينهما معاملة، كذلك في مسألتنا، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والشَّرِكةُ في الزَّرعِ جائزةٌ إذا كانت الزَّرِيعَةُ [منهما جَميعًا والرِّبحُ][1] بينَهما، كانتِ الأرضُ لأحدِهما والعَملُ على الآخَر، أو العَملُ بينَهما واكترَيَا الأرضَ، أو كانت بينَهما).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب ابن نصر -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ الشركة جائزة إذا كانت على الشروط المعتبرة فيها لمَا ذكرناه ودلَّلنا عليه إذا كان البذر بينهما؛ فذلك كرأس المال، والربح بينهما على قدر

(1) زيادة من متن «الرسالة».

أموالهما وعملهما.

فإنْ كانت الأرض لهما جاز ذلك؛ لأنَّ مالك الجميع يكون كأنه اكترى نصف حصَّته مِن الآخر بالعمل، فقد حصل التساوي.

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وأمَّا إنْ كان البَذْرُ مِن عندِ أحدِهما، ومِن عندِ الآخَرِ الأرضُ والعَمَلُ عليه أو عليهما، والزرع بينَهما لم يَجُزْ).

قال القاضي أبو محمد ابن نصر -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ الذي له البذر قد باع حصَّته مِن شريكه [بمَا][1] تخرجه الأرض، وذلك طعام بطعام متأخر إنْ زَرَعا طعاما.

وصاحب الأرض قد أكرى حصَّته ببعض ما يخرج منها، وقابل نصف البذر ... [2].

---

(1) في (ع): (لما)، والمثبت من المعونة (2/ 1141).

(2) وقع في هذا الموضع انتقال بصر من ناسخ (ع)، نتج عنه تداخل في شرح مسألتين، وقد استطعنا تمييز شرح المسألة التي تليها باعتماد المصادر المساعدة، ولم نجد ما يعيننا على إكمال شرح هذه المسألة، وفي المعونة للمصنف (2/ 1141):

«وصاحب الأرض قد أكرى حصته ببعض ما يخرج منها، وذلك غير جائز، فإن زرعها على ذلك وتكافئا فيما سواه من العمل والبقر؛ فالزرع لمن وليه منهما:

فإن وليه صاحب الأرض؛ فالزرع له، وتغرم لصاحب البذر مثل مكيلة بذره.

وإن وليه صاحب البذر؛ فالزرع له ويغرم لصاحب الأرض نصف كراء أرضه.

فإن ولياه جميعًا؛ اقتسماه نصفين، فكان على صاحب الأرض نصف مكيلة البذر، وعلى صاحب =

مَسْأَلَةٌ

[قال -رحمه الله-:

(وَلَوْ كَانَا اكْتَرَيَا الأَرْضَ وَالبَذْرُ مِنْ عِنْدِ وَاحِدٍ، وَعَلَى الآخَرِ العَمَلُ؛ جَازَ إِذَا تَقَارَبَتْ قِيمَةُ ذَلِكَ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

لأنهما قد سلما من بيع طعام بطعام بتأخير، ومن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها، وقابل البذر العمل][1]، وذلك جائز إذا تقاربت قيمة ذلك، وإلا كان تفاضل في رأس المال، وتساويا في الشركة، وذلك غير جائز[2].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-[3]:

البذر نصف كراء الأرض.

ويجوز أن يكون الأرض بينهما أو لأحدهما ومن الآخر البقر والمؤنة ويكون البذر من عندهما.

والذي يحترز منه في هذا الباب أن يؤدي إلى كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها أو بانتفاء التساوي، فإذا سلم من ذلك جاز».

(1) ما بين معكوفين من شرح الرسالة للفاكهاني ومن شرح الهسكوري نقلا عن المصنف.

(2) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 297) وصالح الهسكوري في شرح الرسالة [أزهرية 61/ ب].

(3) يوجد فقرة من متن الرسالة لم يتطرَّق لها المؤلف -أو سقطت من النسخة (ع)-، وهي قوله: «ولا يُنقَدُ في كراء أرضٍ غيرِ مأمونةٍ قبلَ أنْ تُرْوَى».

وفي المعونة (2/ 1140): «لا يجوز شرط النقد إلا في المأمون منها دون ما لا يؤمن إخلافه وتلف الزرع فيها، والاعتبار في ذلك بحال الأرض وعادتها في الشرب.

=

(ومَنِ ابْتَاعَ ثَمَرَةً في رُؤوسِ الشَّجرِ فأُجِيحَ ببَرَدٍ أو جَرادٍ أو جليدٍ أو غيرِه، فإنْ أُجِيحَ قَدْرُ الثُّلثِ فأكثرُ وُضِعَ عن المشتري قَدْرُ ذلك مِنَ الثَّمَن، وما نَقصَ عن الثُّلُث فمِنَ المُبْتاعِ.

ولا جائِحَةَ في الزَّرْع، ولا فيما اشْتُرِيَ بَعدَ [و/ 364] أنْ يَبِسَ مِن الثِّمار.

وتُوضَعُ [جائِحَةُ][1] البقل وإنْ قَلَّت، وقيل: لا يوضَعُ إلا قَدْرُ الثُّلُث).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

أمَّا الكلام في أصل وضع الجوائح فالخلاف فيه مع أبي حنيفة والشافعي: لأنَّ أبا حنيفة يقول: إذا قبضها المشتري لم يوضع عنه شيء أصلا[2].

وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل قول أبي حنيفة[3].

والآخر: أنه يوضع قليلها وكثيرها[4].

والذي دلَّ على وجوب وضعها في الجملة ما رُوي «أنَّ رسول الله ﷺ أمر بوَضْع الجَوائح»[5].

وإنما منعناه ذلك بمثل ما منعناه في البيع، وهو أن يكون بيعا وسلفا، وقرضا جر نفعا، وقد فسرناه في الإجارة».

(1) في (ع): (الجائحة)، والمثبت من متن «الرسالة».

(2) التجريد للقدوري (5/ 2410).

(3) وهو مذهبه الجديد.

(4) وهو مذهبه القديم. الحاوي الكبير (5/ 205).

(5) رواه مسلم (1554[17]).

فإنْ قيل: ففي الخبر أنه: «نهى عن بيع السِّنين، وأمر بوضع الجوائح»[1]، وهذا يفيد أنَّ ذلك في البيع المذكور في الخبر، وهو بيع السِّنين، وهو باطل.

قيل له: لا ندري مِن أيِّ وجه يقيد هذا، واللفظ عامٌّ مطلَق، وليس مِن حيث جمع بينهما في الخبر ما يوجب تعلُّق أحدهما بالآخر.

ويدلُّ عليه قوله ﷺ: «مَن باع ثمرةً فأصابتها جائحة فلا يأخذ مِن مال المشتري شيئا، فلا يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حقٍّ»[2].

قالوا: هذا يفيد أنَّ ذلك في البيع المذكور وجود الجائحة عقيب العقد؛ لأنَّ الفاء للتعقيب.

وهذا جهل؛ لأنَّ «فاء التعقيب» هي العاطفة، فأمَّا في هذا الموضع فهي جواب الشرط، فإنما تفيد أنَّ[3] الجائحة بعد العقد، فأمَّا عقبه أو متراخية عنه فليس في الخبر ما يفيده.

قالوا: ولأنه ﷺ سوَّى بين الجميع، ولم يَفْصل بين قليل الهالك وكثيره؛ علم أنَّ ذلك قبل القبض.

قيل له: القبض في الثمار هو وجود التخلية، وإنْ كان يبقى على البائع حق توفية.

على أنَّ التسوية بين القليل والكثير أو التفرقة فرع لا يتخرَّج إلا على

---

(1) رواه أبو داود (3374) بسند مسلم.

(2) رواه مسلم (1554[14]).

(3) في (ع): (تفيد)، ولعل حذفها أليق بالسياق.

أصلنا، فليس لهم أنْ يتناولوا الخبر تناولا لا يثبت لهم إلا بعد بنائه على أصل مخالفهم.

قالوا: ورُوي «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تُزهي»، وقال: «أرأيتَ إنْ منعَ الله الثمرة فبِمَ يأخذ أحدُكم مال أخيه بغير حق»[1]؛ فمنع البيع، وعلى أنَّ الثمرة ربما تتلف فيأخذ البائع مالَ المشتري بغير حقٍّ؛ فلو كان الضمان مِن البائع ما يوصف بأنه يأخذ مال أخيه.

والجواب: أنه ليس مِن حيث يلزم المشتري رد الثمن ما يوجب صحَّة البيع في الأصل، ألا ترى أنه لو اشترى عبدا آبقا أو بعيرا شاردا، وشرط إنْ وجد وإلا رد الثمن، فإنَّ البيع لا يجوز، وإنما المُراعى حصول المعنى المانع مِن البيع حال العقد.

قالوا: وروى أبو سعيد الخدري: أنَّ رجلا ابتاع ثمرةً على عهد النبيِّ ﷺ فأصيب فيها وكثُر دَيْنه، فأمر النبيُّ ﷺ أنْ يتصدَّق عليه، فتُصدِّق عليه، فلم يكن فيه وفاء لدَيْنه، فقال -عليه السلام-: «خذوا ما وجدتم ومالَكم غيره»[2] فلو كان له أنْ يرجع على البائع [لما كان][3] يقول ذلك.

فالجواب: أنَّ هذا فعل وقضية في عين، يجوز أنْ تكون أصيبت بعد أنِ استجدت، أو دون الثلث، أو بسرقة، أو بغير ذلك، وإذا احتمل ذلك؛ لم يكن

---

(1) رواه البخاري (2198)، ومسلم (1555) من حديث أنس بن مالك.

(2) أخرجه مسلم (1556).

(3) في (ع): (لكان)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فيه دلالة، ويجوز أنْ يكون البائع لم يوجد، أو لم يكن له مال.

قالوا: ورُوي أنَّ رجلا ابتاع ثمرة حائط، فعالَجَه وقام فيه حتى تبيَّن له النقصان، فسأل ربَّ الحائط أنْ يضع عنه أو يُقِيلَه، فحلف ألا يَفعل، فذهبت أمُّ المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكَرَت ذلك له، [365/و] فقال رسول الله ﷺ: «تَأَلَّى أَلَّا يفعل خيرا»، فسمع ربُّ الحائط، فأتى رسولَ الله ﷺ فقال: يا رسول الله؛ هو له[1]، ولم يُنقل أنه خيَّره على ذلك، وظاهر قوله: «تألَّى ألَّا يفعل خيرا»؛ على وجه التطوُّع.

فالجواب: أنَّ هذا ليس ممَّا نحن فيه؛ لأنه لم يذكر في الخبر أنَّ جائحة أصابت الثمرة، وإنما كان خسران في الثمن وحوالة في الأسواق؛ وهذا لا يوجب ردًّا على البائع.

قالوا: ولأنه مبيع لو أتلَفَه آدمي كان مِن ضمان المشتري، فإذا تلف بآفة سماوية كان مِن ضمانه؛ أصله: إذا كان عبدا أو ثوبا.

ولأنه مَبيع مَلَكَ المشتري التصرُّف فيه، فكان مضمونا عليه؛ أصله: لو ابتاع نخلة وسلِّمت إليه.

ولأنها ثمرة صارت إلى حال لو أتلَفَها آدمي كانت مِن ضمان المشتري؛ فإذا تلفت بأمرٍ سماوي كانت مِن ضمانه، أصله: إذا نقلها إلى الجَرِين.

فالجواب: أنَّا لا نسلِّم أنها إذا تلفت بفعل آدمي أنها تكون مِن ضمان

---

(1) رواه مالك (2300) عن عَمرة بنت عبد الرحمن مرسلا، ورواه بنحوه موصولا البخاري (2705)، ومسلم (1557) من حديث عائشة رضي الله عنها.

المشتري هكذا على الإطلاق؛ لأنَّ الجيش عندنا جائحة، والسارق مختلفٌ فيه، فعند مالك وابن القاسم: أنه جائحة، وعند ابن نافع: ليس بجائحة.

ثم المعنى في الثوب والعبد أنه لم يبقَ على البائع فيه حق توفية، وليس كذلك الثمار؛ لأنه قد بقي عليه حق توفية، بدليل أنَّ الجائحة لو أصابتها مِن قبل العطش لكانت مِن البائع، وكذلك إذا آواها الجَرين، ألا ترى أنَّ البائع لو طالب المشتري بقلعها عن النخل لم يكن ذلك.

على أنه لو ابتاع كُرًّا مِن جملة عشرة أكرار فتلف الجميع بأمرٍ مِن السماء أو بفعل مِن آدمي قبل امتيازه بالكيل على حدة لكان التلف مِن البائع، فليس كل مَبيع يجب أنْ تستوي أحوال تلفه.

طريقة أخرى: وهو أنَّا نبني الكلام في ذلك على [أن][1] التخلية بمجرَّدها لا تكون قبضا، والدليل على ذلك: أنها لو تلفت بعطش لكانت مِن البائع، ولو كانت مقبوضة مِن المشتري بنفس التخلية لكان ضمانها منه بكل وجه؛ كالعبد والثوب، وكما لو نقلها إلى الجَرين، لأنَّ العيب إذا حدث بعد القبض لم يلزم البائع.

فإنْ قيل: إنَّ القبض قد حصل بمجرَّد التخلية إلا أنَّ على البائع إتمامه، ومِن إتمامه السَّقي، فإذا تعذَّر؛ ثبت للمبتاع حق الفسخ لعدم تمام القبض، وإنْ كان أصل القبض قد وُجد.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

فالجواب: أنهم إذا اعترفوا بأنَّ القبض لم يَتمَّ؛ ثبت ما قلناه، لأنَّ عدم إتمامه يجري مَجرى عدم أصله، إذ لا حكم له قبل إتمامه وانبرامِه.

وعلى أنه إذا كان حصول أصله دون إتمامه لا يمنع رده إذا أصابته آفة؛ جاز ألا يمنعه لآفة أخرى.

وعلى أنَّا نقول: مِن تمام القبض سلامته مِن آفة تُتلفه ما دام محتاجا إلى تبقيته في النخل.

وأيضا؛ فلأنها ثمرة مَبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل، فوجب إذا تلفت بآفة سماوية أنْ يكون ضمانها مِن البائع، أصله: إذا تلفت بعطش.

قالوا: ولأنَّ مَن ابتاع أصلَ نخل وسُلِّمت إليه؛ فإنها تصير مقبوضة له بالتخلية.

ولأنَّ العادة إنْ قبضها كذلك؛ تكون الثمار العادة فيها أنها لا تُنقل في الحال، فوجب أنْ يكون قبضها بالتخلية والتسليم.

فالجواب: أنه ليس مِن حيث كانت العادة فيها أنها لا تُنقل في الحال ما يوجب أنْ يكون قبضها بالتخلية، ألا ترى أنَّ العادة -وإنْ كانت كذلك- فإنهم يقولون: إنَّ القبض يحصل بغير تمام، بدليل أنَّ تلفها [و/366] مِن العطش يكون مِن البائع في أصل النخل إذا ابتاعها ثم تلفت بالعطش؛ لا يكون مِن البائع.

وعلى أنَّا نحرِّر ذلك قياسا، فنقول: كل تخلية لا يحصل عندها تمام

القبض فإنها لا يحصل معها [أصل][1] القبض، كالتخلية فيما يتعلَّق به حق توفية، عكسه: التخلية في العقار.

قالوا: ولأنَّ كل قبضٍ يسقط به الرجوع على البائع فيما دون الثلاث يسقط به في الثلاث؛ كالقبض.

فالجواب: أنَّ هذا قياس مركَّب على فرع لمخالفهم، وليس لهم ذلك؛ لأنَّ خلافنا في أصل الوضع، فإذا ثبت لنا ذلك حينئذ نتكلم في مقداره؛ لأنَّ القدر الذي توضع عنده الجائحة [وما][2] لا توضع فرعٌ على أصل وضعها، فلا يجوز أنْ يثبت الأصل معللا بفرعه؛ لأنَّ ذلك مناقضة.

وإذا كان الأمر كذلك؛ لم يلزم ما قالوه، وبالله التوفيق.

فصل:

فإذا ثبت ما ذكرناه أنَّ الجائحة توضع؛ فإنها توضع عندنا في الثلث فما زاد، ولا توضع فيما دونه.

والفرق بين الموضعين مِن جهة الظاهر والمعنى:

فأمَّا الظاهر: فما رويناه أنه ﷺ أمر بوضع الجائحة[3]، والجائحة لا تُطلق إلا على ما أَتْلَف جميعَ المال أو جلَّه.

فأمَّا مَن ذهب اليسيرُ مِن ماله فلا، يبيِّن ذلك: أنَّ من ملك ألف دينار إذا

---

(1) في (ع): (أصله)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (ما)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) رواه مسلم (1554 (17)).

ذهب مِن ماله الدينار والعشرة والعشرون لا يقال إنَّ ماله أجِيح، وكذلك مَن سُرق له مِن متاعِه الكثيرِ سطلٌ أو إبريق؛ لا يُقال إنَّ اللصوص أجاحوا بماله، وإذا صحَّ ذلك؛ ثبت الفرق في هذا بين القليل والكثير، وثبوت ذلك يقتضي فصلا بينهما، ولا فصل إلا ما قلناه.

وأمَّا المعنى: فلأنَّ المشتري دخل لا محالة على ذهاب اليسير مِن الثمرة، وأنها لا تَسلم له كلها، هذا أمرٌ معلوم بالعادة لا نكلِّم مَن يدفعه؛ لأنَّ مَن يقول: إنَّ المشتري دخل على أنْ تَسلم الثمرة مِن ذهاب رُطَبَةٍ أو بُسْرَةٍ أو رطل أو رطلين أو مِن اجتياز المتعاقبين أو أكل الطير اليسير منها، فقد خرج عن العادة.

وإذا ثبت ذلك؛ [اقتضى][1] أنه لا يرجع في اليسير، وأنه يرجع في الكثير؛ لأنه لم يدخل عليه، وإنما دخل على سلامة الكل أو الجل، فبان بذلك ما قلناه.

فصل:

والمراعى في ذلك حاجة الثمرة في بقائها إلى سقيها على النخل، لأنها إذا استغنت؛ فلا جائحة.

والأصل في ذلك: أنَّ الجائحة إنما توضع في الحال التي يبقى للمبتاع حق تَوفية على البائع، وذلك حال حاجة الثمرة إلى تبقيتها في رؤوس النخل، فإذا استغنت عن ذلك سقط حقُّ التوفية، ثم لم يبقَ منها شيء، فلذلك لم تكن فيه صالحة.

---

(1) في (ع) ما صورته: (امضى)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

فصل:

فأمَّا البقول فوجه قوله: (إنه يوضع منها ما زاد على الثلث) اعتبارا بالزرع والثمار؛ لعلة أنه وضع جائحة في نبات.

ووجه قوله: (أنه يوضع قليلها وكثيرها) ما رُوي: «أنه ﷺ أمر بوضع الجوائح»[1]، وعموم هذا يوجب وضع القليل والكثير إلا أنَّ [الدلالة][2] قامت في الثمار، ولم تقم فيما عداها.

ولأنَّ الفرق في ذلك هو أنَّ العادة في الثمار ذهاب بعضها [للحاجة][3] إلى تبقيتها على رؤوس النخل، فالمشتري على ذلك يدخل.

وليس كذلك في البقول؛ لأنه لا عادة في تلفها، ولا في ذهاب شيء منها، بل العادة سلامة جميعها.

وإذا كان كذلك؛ وجب أنْ يوضع قليلها وكثيرها[4].

فصل:

فأمَّا المقدار المعتبر [فيها][5] هل هو مِن الكيل أو الثمن؟ فقد اختلف فيه:

فقال مالك وابن القاسم: إذا أصيب زيادة [و/367] **على الثلث مِن كيل**

(1) رواه مسلم (1554(17)).

(2) في (ع): (الدالة)، والمثبت من الجامع لابن يونس (14/ 355) نقلا عن المصنف.

(3) في (ع): (للجائحة) والمثبت من شرح الرسالة للفاكهاني والجامع لابن يونس، ومما سبق قريبا من تعليل المصنف.

(4) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 303-304).

(5) في (ع): (في هل)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

الثمرة دون قيمتها وضع على المشتري، وهو [إن بلغ][1] ثلث القيمة أو أقل أو أكثر، وإنْ كان دون الثلث فلا يوضع عنه، وإنْ زاد على ثلث القيمة.

وصورة ذلك أنْ تكون الثمرة قدر ثلاث مائة قَفِيز، والثمن ثلاثة آلاف درهم، فيُصاب منها ما قيمته ألف؛ فيُنظر:

فإنْ كان الذي أصيب سبعين أو ثمانين أو تسعين قفيزا؛ فلا يُحطُّ على المشتري شيء.

وإنْ كانت قيمته ألفا أو ألفا [وخمس][2] مائة، وإنْ كان الذي أُصيب مائة قَفيز أو مائة وعشرين[3] قفيزا وُضع عن المشتري؛ ولو أنَّ قيمته خمس مائة.

وقال أشهب: الاعتبار بقيمة التالف مِن قيمة الجميع:

[فإن][4] كان الثمن ثلاثة آلاف والقيمة ألفين، فيصاب منها ما قيمته خمس مائة؛ فلا يوضع عن المشتري.

وإنْ كان مائة وخمسون قفيزا يقدَّر نصف الكيل، فإنْ أصيب قدر خمسين قفيزا ومقداره مِن الكيل السدس وقيمته ألف، وُضع عن المبتاع نصف الثمن، ولا يُراعى مقدار التالف مِن الكيل.

فوجه قول مالك وابن القاسم:

أنَّ رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح، وذلك يقتضي أنْ يكون الاعتبار

---

(1) في (ع): (أبلغ)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (وخمسين)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) كذا في (ع).

(4) زيادة يقتضيها السياق.

بما فيه تكون الجائحة، وهو الثمرة.

ولأنَّ الثمن لا جائحة فيه، وفائدة ذلك هو أنْ يكون لِمَا تلف بالجائحة كأنه لم يكن ولم يدخل في البيع، أو لم يدفعه البائع للمشتري، فرجع المبتاع بقسطه مِن الثمن.

ولأنَّ كل مصيبة في مبيع وجب بها الرجوع على البائع في الثمن فلا اعتبار بقدرها مِن المبيع؛ أصل ذلك إذا ابتاع عِدْلا[1] على أنَّ فيه مائة، فخرج فيه أربعون ثوبا، أو هلك منه قبل القبض على أصلهم، وكذلك لو استحقَّ منه شيء؛ فالاعتبار بأجزاء المبيع نفسه لا بقيمته.

ووجه قول أشهب: هو أنَّ وضع الجائحة لئلا يستبدَّ البائع بالثمن مِن غير عِوض يحصل للمشتري، فإذا أصيب ما قيمته أكثر مِن ثلث الثمن؛ [فذلك][2] أخذُ مال المشتري مِن غير عوض، ولا اعتبار بكيل الثمرة بل برأس المال الذي به يَعرف المشتري نماءه فيه مِن تلفه.

وقول مالك أقيس، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنْ أَعْرَى ثَمَرَ نَخَلاتٍ لرَجُلٍ مِن جِنَانِه فلا بأسَ أنْ يَشتَرِيها إذا أزْهَت بخَرْصِها تَمرًا يُعْطِيه ذلك عندَ الجداد إنْ كان فيها خمسةُ أوْسُقٍ فأقَلُّ، ولا

(1) العِدْل: أحد حِملي الجمل. لسان العرب (11/ 432).

(2) في (ع): «فلذلك»، والمثبت من المعونة (2/ 1121).

يجوز شِراءُ أكثَرَ مِن خمسةِ أوْسُقٍ إلا بالعَيْنِ والعُروض).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

صفة العَرِيَّة عندنا: أنْ يهب الرجل [ثمرة][1] نخلة أو نخلات مِن حائطه مِن رجل، فيجوز له شراؤها بخَرْصها على شروط أربعة:

أحدها: أنْ تزهي.

والثاني: أنْ تكون خمسة أوسق فأدنى، فإنْ زادت على ذلك فلا يجوز.

والثالث: أنْ يعطيه الثمن عند الجداد، فإنْ أعطاه بعد لم يجز.

والرابع: أنْ يكون مِن صنفها أو نوعها، فإنْ كان مِن خلافها فلا يجوز.

وقال أبو حنيفة: إنها هبة -مثل قولنا-، إلا أنه قال: في التحقيق ليست ببيع[2]؛ لأنَّ ذلك هبة لم تُقبض، فيكون للواهب الرجوع فيها، ثم يعطى الموهوب بخرصها ثمرا، فيكون ذلك كابتداء هبة منه للثمرة لا أنه بيع؛ لأنَّ البيع بالخرص لا يجوز. [و/ 368]

وقال أصحاب الشافعي: **العَرِيَّة** بيع الرُّطَب في رؤوس النخل بخرصه تمرا على وجه الأرض[3].

قال الماوردي في «مسائل خلافه»: تفسيرها أن يبيع الرُّطَب على رؤوس النخل بخرصها تمرا ممَّا يعلم بالخرص مقدار الرُّطَب في الحال.

---

(1) زيادة من المعونة (2/ 1017).

(2) شرح مختصر الطحاوي (3/ 44).

(3) الحاوي الكبير للماوردي (5/ 216).

فيقال: هي الآن مثلها خمسة أوسق رُطَبا، فإذا صار تمرا رجع بالجفاف إلى ثلاثة أوسق، فيبيعه بثلاثة أوسق مِن تمر، ويأخذ التمر ويخلي بين المشتري والرُّطَب، فإنْ شاء قطعه في الحال وإنْ شاء تركه وأخذ منه شيئا.

هذا فيما نقص عن خمسة أوسق يجوز قولا واحدًا، وفيما زاد لا يجوز قولا واحدا، وفي الخمسة الأوسق قولان.

والخلاف مع أبي حنيفة في أنَّ ذلك بيع أم لا.

ومع الشافعي في ثلاثة مواضع:

أحدها: أنَّ ذلك لا يجوز عندنا في غير الهبة، وعنده أنه يجوز في الشراء المبتدأ.

والآخر: في اسم العَرِيَّة هل هو للهبة أو للبيع.

والثالث: هل مِن شرطه التقابض في الحال أو عند الجداد.

والكلام في هذه الفصول يتداخل.

والذي يدلُّ على أنَّ العَرِيَّةَ الهبةُ[1]: أنَّ معنى العَرِيَّة في اللغة العطية.

كذلك ذكر أبو عُبيد[2]: أنَّ العَرِيَّة [والهدية][3] والمِنحة والعَطية بمعنى واحد.

---

(1) نقله عن المصنف عبدُ الحق الصقلي في تهذيب الطالب [ج2/ 160-أزهرية 95384]، وصدَّره بقوله: «قال بعض أصحابنا البغداديين».

(2) غريب الحديث لأبي عبيد (1/ 293).

(3) زيادة من تهذيب الطالب.

وقال أهل اللغة: إنَّ العَرِيَّة مأخوذة مِن قولهم: عروتُ الرَّجل أعروه؛ إذا أتيتَه تلتمس برَّه ومعروفه.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَطْعِمُواْ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: 36][1].

ويدلُّ [عليه][2] أنَّ ذلك معروف مِن عمل أهل المدينة قبل الشرع، وهو أنهم كانوا يهبون ثمر نخلهم ثم يبتاعونه مِن الموهوب، فأقرَّهم النبيُّ ﷺ على بعض أحكامه، وشرع لهم في باقيه ما يفعلونه.

وقيل: إنَّ معناه في اللغة مأخوذ مِن تخلِّي الإنسان عن ملكه عن الثمرة.

ومنه قوله تعالى: ﴿فَنَبَذْنَٰهُ بِٱلْعَرَآءِ﴾ [الصافات: 145] أي: بالموضع الخالي الفارغ، وهذا يتضمَّن [الهبة على][3] ما قلناه[4].

وإذا ثبت ما ذكرناه أنَّ اسم العَرِيَّة إنما هو في الهبة والعَطية؛ بطل ابتداء بيع الرُّطب بالتمر لمَا رُوي: أنه ﷺ أرخص في بيع العَرِيَّة[5]، فوجب أنْ تكون الرخصة مقصورة عليه، وأنشد أبو عُبيد:

ولكنْ عَرايا في السِّنين الجَوائحِ[6]

---

(1) تهذيب اللغة (1/ 75)، الصحاح (عرا).

(2) في (ع): (على)، والمثبت من تهذيب الطالب.

(3) زيادة من تهذيب الطالب.

(4) انتهى النقل من تهذيب الطالب.

(5) أخرجه البخاري (2190)، ومسلم (1541) من حديث أبي هريرة.

(6) وصدر البيت: (ليست بسَنْهاء ولا رُجَّبِيَّة)، وهو لسويد بن الصامت الأنصاري كما في لسان العرب (15/ 49)، وتاج العروس (2/ 485)، وبدون نسبة في غريب الحديث (1/ 231).

يريد: أنَّ ثمارها موهوبة في تلك السنين، فبطل أنْ يكون ذلك اسما للبائع على غير هذا الوجه.

وروى مالك عن نافع عن ابن عمر عن زيد بن ثابت: «أنَّ رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العَرِيَّة أنْ يبيعَها بخَرْصها»[1].

وروى مالك عن داود بن الحُصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة: «أنَّ رسول الله ﷺ أرخصَ لصاحب العَرِيَّة أنْ يبيعَها مِن معريها بخرصها تمرا عند الجداد»[2]، وذلك نقل أهل المدينة نقلا متَّصلا.

قالوا: والمعنى أنَّ الذي له رُخِّص لنا هذا واستثني مِن المُزابنة [و][3]مِن بيع التمر بالتمر كيلا، ومِن سائر أصول الرِّبا:

كنَّا نعري [تمر] حوائطنا، وكنَّا نخرج بأهلنا وخَدَمِنا وقت [جداد] الثمر نجمعها، فكنَّا نكره دخولَ المعري علينا في حوائطنا، فرخَّص لنا النبيُّ ﷺ أنْ نشتريها [منه] بخرصها تمرا عند الجداد، فنترفَّه بأنْ لا يدخل علينا في حوائطنا مَن نكره دخوله، ويترفَّه المعري بأنْ نكفيه مؤنة السَّقي [و/369] عنه في ذلك[4].

وإذا كانوا قد نقلوا الحكم مفسَّرا وسببَه وكيفية إباحة الشرع له؛ وجب

(1) مالك (2296)، ومن طريقه البخاري (2188)، ومسلم (1539).

(2) وتتمته: «فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق». الموطأ (2297)، ومن طريقه البخاري (2382)، ومسلم (1541)، بمعناه، وليس عندهم: «تمرا عند الجداد».

(3) ما بين معكوفين في هذه الفقرة زيادات من الجامع لابن يونس نقلا عن المصنف.

(4) ذكر ابن يونس هذه الفقرة في الجامع لمسائل المدونة (13/ 1096).

المصير إلى ذلك.

ويقوِّي ذلك [قوله][1] ﷺ لِمَن كان يبعثه بالخرص: «خفِّفوا؛ فإنَّ في المال العَريَّة والوَصيَّة»[2]، ويمنع لذلك أنْ نقول: «إنَّ في المال المبيع».

وفي حديث أبي حَثْمة أنَّ النبي ﷺ قال له: «إنَّ ابن عمِّك يزعمُ أنك زدتَ عليه»، فقال: «بل خرصتُ عليه نخله، وتركتُ له عَريَّة أهلِه»[3]، لا يجوز أنْ يكون معناه: وتركت له بيعه، وإنما المراد: صلة أهله وهبته له.

فإنْ قيل: العَرية ليست باسم للعطية، بل هي اسم لمَا أُفرد عن جملة، سواء كان للهبة أو للبيع أو للأكل، كأنه عَرِيَ عن الأصل وأُفرد.

قيل له: ما ذكرنا عن أهل اللغة ونَقل أهل المدينة يمنع هذا، ويجب قصره على الهبة دون غيرها، والإفراد وحده لا يسمَّى عرية، بل الشواهد لمَا قلناه، وأنه لا يمتنع أنْ يريد به إفراده للهبة.

فإنْ قيل: فقد رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا زكاة في العَريَّة»[4]، وهو ما

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) رواه ابن أبي شيبة (10665)، وأبو عبيد في الأموال (1453)، وأبو داود في المراسيل (118) عن مكحول مرسلا، وفيه «الوطية» بدل «الوصية»، قال العيني في عمدة القاري (11/ 302): وهو مرسل وإسناده صحيح. اهـ. وذكره ابن عبد البر في التمهيد (6/ 472) عن جابر مرفوعا، وفيه ابن لهيعة، وهو ضعيف.

(3) رواه الطبراني في الأوسط (9150)، والدارقطني (2054)، قال الهيثمي في المجمع (3/ 75): «فيه محمد بن صَدَقة، وهو ضعيف».

(4) رواه الدارقطني (1907) من حديث علي بن أبي طالب بلفظ: «ليس في العَرايَا صدقة»، قال ابن =

أفرده الإنسان ليأكله.

قيل له: هذا متروك عندكم؛ لأنَّ فيه الزكاة، ولا يمتنع أنْ يكون ما أفرد بالهبة.

فإنْ قيل: رُوي عن النبي ﷺ أنه أرخص في بيع العَرايا، ولم يفرِّق بين معريها وغيره.

قيل له: قد روينا ما هو أخص منه، وهو أنه رخَّص فيها أنْ تباع مِن معريها، وروينا المعنى في ذلك، وهو ما كانوا يكرهونه مِن دخوله عليهم وهم مع أهاليهم.

ولا يجوز قياس ذلك على الهبة؛ لأنَّ ذلك جاز فيها للضرورة.

وكذلك لا يجوز القياس على غير المعري؛ لأنَّ مواضع الضرورات لا يجوز القياس عليها.

وهذا مستثنى مِن الأصول مِن بيع التمر بالرُّطب للضرورة، وهو كونه معروفا وقُربة؛ كاستثناء الحوالة مِن الدَّين بالدَّين وغير ذلك.

قال أصحابنا[1]: والشافعي خالف الخبر مِن وجوه:

أحدها: أنَّ النبي ﷺ شرط في جواز البيع أنْ يكون مِن معريها دون غيره، وهو يجيز بيعها مِن المُعري وغيره.

حجر في التلخيص (3/ 1334): «فيه الصقر بن حبيب وهو ضعيف جدا»، ورواه عبد الرزاق (7252)، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (7450) من حديث محمد بن يحيى بن حبان مرسلا.

(1) نقل الفقرة ابن رشد في المقدمات الممهدات (2/ 532) دون ذكر قائله.

والثاني: أنه ﷺ رخَّص في ذلك ببيعها تمرا بالخرص عند الجداد، والشافعي يمنع ذلك عند الجداد ويوجبه[1] نقدا، ويقول: إنْ تفرَّقا قبل القبض فسد البيع.

والثالث: أنَّ العَريَّة اسمٌ لفعل المعروف مستثنى مِن الأصول، بدليل قوله: «خفِّفوا فإنَّ [في][2] المال العَريَّة والوصيَّة»، فأجراهما مجرى واحدا، وهو يقول: إنه البيع[3].

والرابع: أنَّ النبي ﷺ راعى الخمسة الأوسق في البيع لا في نفس العَرية؛ لأنَّ العَرية هي الهبة، ولا خلاف أنَّ للرجل أنْ يهب جميع حائطه وجميعَ ثمره، وإنما يُراعى الخمسة الأوسق في البيع؛ لأنَّ ذلك هو المخالف للأصول، وفيه جاءت الرخصة والاستثناء، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا قصر ذلك على (الخمسة الأوسق) فأدنى؛ فلأنَّ الرخصة وردت معلَّقة بهذا القدر دون ما زاد عليه، فوجب ألا يتعدَّى، ولأنَّ اليسير المستثنى مِن جملةٍ متى زيد عليه صار في حكم الجملة الممنوعة.

فصل:

فأمَّا إذا أراد بيعها (بالعين والعرض)؛ فذلك جائز في الخمسة أوسق فمَا

---

(1) في المقدمات الممهدات: (ويجيزه).

(2) زيادة من الحديث السابق.

(3) في المقدمات الممهدات: «وهو يقول: إنه المقدار، وإن لم يكن عرية».

دونها وما زاد عليها؛ لأنَّ الاعتبار بالمقدار إنما هو فيما استثني مِن الجملة، وهو بيع الرُّطَب بالتمر مزابنة وربا وبيع طعام بطعام متأخر، فاستثني منه اليسير للضرورة.

فأمَّا بيعه لمَا يخرج عن هذا الاستثناء فإنه جائز على الإطلاق.

وبالله التوفيق.

بابٌ في الوصايا والمُدَبَّرِ والمُكاتَبِ وأُمِّ الوَلدِ والعِتْقِ والولاء

مسألة

[و/ 370] **قال -رحمه الله-:**

(ويَحِقُّ على مَن له ما يُوصي فيه أنْ يُعِدَّ وَصِيَّتَه).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ الوصية مندوبٌ إليها؛ لقوله ﷺ: «ما حَقُّ امرئٍ مسلم له مَالٌ يريد أنْ يوصيَ فيه، يبيت ليلتين إلَّا ووَصِيَّتُه مكتوبةٌ عنده»[1].

---

(1) رواه البخاري (2738) ومسلم (1627) مِن حديث ابن عمر، بلفظ قريب منه.

ولأنَّ في ذلك تَحذُّرا[1] واحتياطًا؛ لأنَّ الإنسان لا يدري وقتَ اخْتِرامِه[2].

وقد يكون بَيْنَه وبَيْنَ الناس مِن المعاملات والمظالم ما يلزمه رَدُّه والخروج مِنْه إلى أهله.

وكذلك ربَّما كان عليه لله -تعالى- مِن الحقوق ما يلزمه إخراجها، ويأثم بالكف عنه[3]، ولا يلزم ورثتَه إذا لَمْ يوصِ به، فكان الاحتياط الوصيةَ بما لا يمكنه إنجازه؛ ليتخلَّص مِن المأثم ويستظهر[4] لنفسه ولورثته.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا وَصِيَّةَ لوَارِثٍ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

الكلام في هذه المسألة في وجوه:

أحدها: مَنْعُ الوصية للوارث.

والثَّاني: سقوط وجوبها للوالدين.

والثَّالث: أنَّ المنع متعلقٌ بإذن الورثة، وإنْ أجازوه جاز.

---

(1) في شرح الرسالة للهسكوري: (تحرزا).

(2) في شرح الرسالة للهسكوري: (احتضاره)، واخْتُرِم فلانٌ عنَّا -مبنيا للمفعول-: أي مات وذهب. [«تاج العروس» (32/ 68)]

(3) نقله عن المصنف إلى هذا الموضع صالح الهسكوري في شرح الرسالة [70/ أ-أزهرية].

(4) الاسْتِظْهَارُ: الاحتِيَاطُ والاسْتِيثَاقُ. [«تاج العروس» (12/ 499)]

فأمَّا الفصل الأوَّل؛ وهو منع الوصية للوارث، فالأصل فيه:

قوله ﷺ: «إنَّ الله قد أعطى كُلَّ ذي حقٍّ حقَّه، فلا وصيَّةَ لوارث»[1].

ولأنَّ ذلك [تعدي][2] فيما قد حدَّه الله ورسوله[3]؛ لأنَّ الله تعالى جعل لكُلِّ وارثٍ مِقْدارا معلومًا مِنْ تَرِكَةِ مَوْرُوثِه، فإذا خَصَّ الميِّتُ بعضَهم بزيادة على ذلك؛ كان كأنَّه يعطيه مِنْ حقِّ غيره، وهذا معنى قوله ﷺ: «إنَّ الله أعطى كُلَّ ذي حقٍّ حقَّه، فلا وصية لوارث».

فصل:

فأمَّا سقوطها عن [الوالدين][4]؛ فهو قولنا وقول كافة الفقهاء.

وحُكي عن قوم مِن التابعين وجوبُها لمَنْ لا يرث مِن الأقربين، وللوالدَين أيضا إذا لَمْ يكونا وَارِثَيْنِ:

لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾[البقرة:180]؛ وهذا نصٌّ.

[و][5]قوله ﷺ: «ما حَقُّ امرئ مسلم يبيت ليلتين إلَّا ووصيته مكتوبة

---

(1) رواه أبو داود (2870) والترمذي (2120) وابن ماجه (2713) مِن حديث أبي أمامة، وقال الترمذي: «حديث حسن»، وينظر تخريجه في نصب الراية للزيلعي (4/ 403) والتلخيص الحبير لابن حجر (4/ 2065).

(2) زيادة من شرح الرسالة للهسكوري.

(3) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [71/ ب-أزهرية].

(4) في (ع): (الأجانب)، والمثبت من شرح الرسالة للهسكوري.

(5) زيادة يقتضيها السياق.

عنده»[1]؛ وهذا مِنْ أبلغ عبارةٍ في تأكيد وجوبها.

وقوله: «لا وصية لوارث»[2]؛ فدَلَّ على وجوبها لغيره.

ودليلُنا: ما رَوى أبو داود عن نافع عن ابن عمر أنَّ رسول الله ﷺ [قال][3]: «ما حقُّ امرئٍ مسلمٍ له مالٌ يريد أنْ يوصيَ فيه، يبيت ليلتين إلَّا ووصيته مكتوبة عنده»[4]؛ فعلَّقَ الوصية في المال بإرادة الموصي؛ فدَلَّ على أنَّها غير واجبة؛ لأنَّ الوجوب لا يتعلَّق بإرادةِ فاعله.

يدُلُّ عليه: قوله ﷺ لسعد، وقد أراد أنْ يوصيَ بمالِهِ كُلِّه، فقال: «لا»، فقال: فالشَّطْرُ، فقال: «لا»، فقال: فالثُّلُثُ، قال: «والثُّلُثُ كثيرٌ، إنَّك إنْ تَدَعْ ورثتَك أغنياءَ خيرٌ مِنْ أنْ تذرَهم عالةً يتكفَّفُون النَّاس»[5].

موضع الدليل: أنَّه منعه مِن الوصية بزيادةٍ على الثُّلث، وعلَّلَ ذلك بأنَّ فيها إبقاء على الورثة، و[الواجب][6] لا يُستكثر، ولا يختلف الحكم فيه مِنْ أنْ يفتقروا[7] الوَرَثَةُ أو يستغنوا؛ فدَلَّ على أنَّ الوصِيَّةَ لا تجب بحال.

قال أصحابنا: ولأنَّ كُلَّ مَنْ لَمْ تجب عطيَّتُه في حال الحياة لَمْ تجب

---

(1) رواه البخاري (2738) ومسلم (1627) مِن حديث ابن عمر، بلفظ قريب منه.

(2) تقدم تخريجه (ص: 469).

(3) زيادة يقتضيها السياق.

(4) رواه أبو داود (2862) بسنده مِن طريق عبيد الله عن نافع به، بلفظه، وهو في «مسلم» (1627) مِن هذه الطريق، ورواه البخاري من طريق مالك عن نافع به.

(5) رواه البخاري (2742) ومسلم (1628).

(6) في (ع): (الجواب)، والمثبت أليق بالسياق.

(7) كذا في (ع)، وهي لغة.

الوصيَّة له بعد الوفاة؛ أصله: الأجانب.

ولأنَّها هبةٌ وعطيَّةٌ؛ كحال الحياة.

ولأنَّ كُلَّ مَنْ لا يجب عليه إخراجُ ماله في حال حياته؛ فلا تلزمه الوصية بعد وفاته؛ أصله: مَنْ لا قرابة له.

فأمَّا الظَّاهر؛ فمنسوخ بآية المواريث؛ لأنَّ الناس في ابتداء [و/ 371] الإسلام كانوا يتوارثون بالوصيَّة، فنُسخ ذلك بآية المواريث، فهذا لا يُعلم إلَّا نقلا أو توقيفا؛ لأنَّ النَّسخ لا يُعلم بالقياس.

وأمَّا الخبر؛ فعنه جوابان:

أحدهما: أنَّا قد روينا فيه زيادة، وهو قوله: «يريد أنْ يوصيَ فيه»[1].

والآخر: أنَّه ليس فيه إيجابٌ، وإنَّما فائدته: ليس مِن الحزم وصوابِ الرأي، وليس ذلك مِن الوجوب.

وقوله: «لا وصيَّةَ لوارث»؛ لا يصح التَّعلق بدليله[2]، لأنه إثبات في [نفي][3]، والله أعلم.

فصلٌ:

فأمَّا تجويز ذلك بإجازة الورثة، فهو أيضا قولنا وقول فقهاء الأمصار.

وحُكي عن قوم مِنْهم منعُ ذلك على الإطلاق، وأنَّ [الوصية][4] للوارث

(1) رواه مسلم (1627).

(2) أي: التعلق بدليل الخطاب؛ مفهوم المخالفة.

(3) في (ع) ما صورته: (ذكر)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) زيادة يقتضيها السياق.

لا تجوز على كُلِّ حال؛ أجاز باقي الورثة أم لَمْ يجيزوا، لقوله ﷺ: «لا وصيَّة لوارث»[1]، فعمَّ.

ولقوله ﷺ: «إنَّ الله أعطى كُلَّ ذي حقٍّ حقَّه، فلا وصيَّة لوارث»؛ فعلَّل المنع مِن ذلك: بأنَّه مِنْ أجل أنَّه يصل إلى الوارث مِنْ جهة المورث بعد الموت زيادةٌ على قدر ميراثه، فسواء أجاز الورثَةُ ذلك أم لَمْ يجيزوا؛ فيجب إبطاله.

والذي يدُلُّ على ما قلناه:

أنَّ المنع مِنْ ذلك لأجل حقِّ الورثة؛ لأنَّه محجورٌ عليه مِنْ أجلهم، فليس له أنْ يفضِّل بعضهم على بعض، فإذا أجازوا فقد تركوا حقوقهم، فجاز ذلك بتركهم؛ لأنَّ المنع إذا تعلَّق بحقِّهم زال بإجازتهم، وجرى ذلك مجرى تركِ الشَّفيع للشُّفْعَة، والمُبْتاعِ الرَّدَّ بالعيب، والأمَةِ المعتَقَةِ تحت العبد، وما أشبه ذلك.

ولأنَّ سبيلَ مَنْعِ المريض أنْ يوصيَ لوارث سبيلُ مَنْعِه بأنْ يوصيَ بزيادة على ثُلُثِه؛ لأنَّ ذلك لأجل حَقِّ الورثة، ثُمَّ قد [ثبت أنَّه][2] إذا أجاز الورثةُ وصِيَّتَه لِمَا زاد على الثُّلُثِ جاز؛ فكذلك الوصية للوارث.

ونقيسه على الوصِيَّة للأجنبي بعِلَّة أنَّها وصِيَّةٌ بمباح؛ فجاز أنْ تَصِحَّ، [كالوصِيَّة][3] للأجنبي أو بزيادة على الثُّلُثِ.

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 469).

(2) في (ع) ما صورته: (ثبتناه)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (الوصية)، والمثبت من «الإشراف» (5/ 154-155).

وإذا ثبت هذا؛ فالمرادُ بالخبر: نَفْي الوجوب وتعلُّقه بإجازة الورثة، وهو مرتَّب على ما بَيَّنَّاه، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والوَصية خارجةٌ مِن الثُّلُث، ويُرَدُّ ما زاد عليه إلَّا أنْ يُجِيزَه الوَرَثةُ).

قال القاضي [أبو محمد عبد الوهاب] -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ الَّذي للمريض أنْ يوصيَ به مِنْ مَالِهِ الثُّلُثُ، لا زيادة عليه؛ بما نستدِلُّ عليه فيما بعد.

وإذا ثبت ذلك؛ فمتى زاد عليه فقد تعدَّى [في][1] مالَهُ، وأخذ حَقَّ الورثة، فكان لهم رَدُّهُ، ولهم إجازته؛ لأنَّ كُلَّ مَنْ ثبت له حقٌّ انفرد به؛ فله ردُّهُ وله إجازته.

فصل: قال القاضي:

وهبات المريض وصدقاته[2] **مِن الثُّلُث**، وبه قال فقهاء الأمصار[3].

وقال داود: هي مِن رأس المال، وتصرفه كتصرف الصحيح[4].

والذي يدُلُّ على ما قلناه:

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (وصدقته).

(3) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [71/ أ-أزهرية].

(4) «المحلى» (9/ 353).

ما رَوى عمران بن حصين: أنَّ رجلا مِن الأنصار أعتق ستَّة أعبد له في مرضه، لا مال له غيرهم، فبلغ ذلك النَّبي ﷺ، فتغيَّظ عليه شديدا، ثُمَّ دعاهم، فأعتق ثلثهم وأرَقَّ ثُلُثَيهم(1).

وما رَوى [معاذ بن جبل](2) وأبو هريرة أنَّ رسول الله ﷺ قال: «إنَّ الله جعل لكم ثُلُثَ أموالكم عند موتكم زيادةً في أعمالكم»(3)؛ فأخبر أنَّه ليس لنا عند الموت إلَّا الثلث، فدَلَّ على مَنْعِ ما زاد عليه.

وفي حديث ابن عمر أنَّ النبي ﷺ قال: «يقول الله تعالى: جعلتُ لك نصيبًا مِنْ مالِكَ حين أخذتُ بكَظَمِكَ(4)»(5)، فلو كان له جميعُ [و/372] مالِهِ لَمْ يكن لهذا القول معنًى.

وفي حديث سعد، قال: يا رسول الله، أتصدَّق بثلثي مالي؟ قال: «لا»، قال: فبشطره(6)؟ قال: «لا»، ثُمَّ قال: فبالثلث؟ قال: «الثلث، والثلث كثير»(7).

---

(1) رواه مسلم (1668) مِن طريق أبي المُهَلَّب عن عمران بن حُصَيْنٍ، بمعناه.

(2) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(3) رواه «الدارقطني في «سننه» (4289) والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (12815) مِن حديث أبي أمامة عن معاذ به، بنحوه، ورواه أحمد في «مسنده» (27482) مِن حديث أبي الدرداء، ورواه ابن ماجه (2709) والبيهقي في «السنن الكبرى» (12571) مِن حديث أبي هريرة، ولا تخلو أسانيده من مقال، ينظر «البدر المنير» لابن الملقن (7/ 254)، و«التلخيص الحبير» لابن حجر (4/ 2061) و«نصب الراية» للزيلعي (4/ 399).

(4) الكَظَمُ -محركة-: الحلق أو الفم أو مخرج التنفس. «تاج العروس» (33/ 363).

(5) رواه ابن ماجه (2710) مِن طريق نافع عن ابن عمر، بلفظ قريب منه، وذكره ابن عبد البر في التمهيد (14/ 302) في جملة أحاديث قال فيها: «ليست فيها حجة من جهة الإسناد لأن في نقلتها ضعفا واضح».

(6) في (ع): (فشطره).

(7) رواه البخاري (2742) ومسلم (1628).

ولأنَّ الأصول دالة على أنَّ حضور سبب الموت بمنزلة حضور الموت نفسه؛ بدليل أنَّه لو أعتق عبدا لكان مِن الثلث، وأنَّه ليس له أنْ يهب شيئا لوارثه كما لَمْ يكن له أنْ يوصيَ له.

وإذا كان كذلك؛ لَمْ يجز له أنْ يوصيَ بعد [الموت بأكثر][1] مِن الثلث، فكذلك ليس له في حال المرض الذي هو سبب الموت.

فإنْ [نازع][2] في الهبة للوارث؛ دللنا عليه بإجماع الصحابة في قصة أبي بكر لَمَّا قال لعائشة -رضوان عليها-: «إنِّي كنتُ نَحَلْتُكِ جِدَادَ عشرين وَسَقًا، ولو كنتِ حُزْتِيه لكان لك، وإنَّما هو اليوم للوارث»[3]؛ فبَيَّنَ تعلُّق حَقِّ الورثة به، وبأنَّ ذلك هو المانع مِنْ تسليمه إليها، ولَمْ يخالف عليه أحد.

ولأنَّه إيجاب عطية في المرض؛ فأشبه الوصية.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والعِتْقُ بعَيْنِه مُبدًّا[4] عليها).

قال القاضي -رحمه الله-:

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(2) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(3) رواه مالك في «الموطأ» (2783)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (11948)، وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (7/ 143): «هذا الأثر صحيح».

(4) في (ع): (يبدى).

وهذا كما قال، العتق في المرض في الجملة مُبدًّا على ما سواه؛ إلَّا التَّدبيرَ في الصِّحة، وبه قال أبو حنيفة[1].

وقال الشافعي: هو وغيره سواء[2].

وإنَّما قلنا ذلك؛ لتأكُّد العتق على غيره، لأنَّ العتق مبنيٌّ على التغليب[3] والسِّراية، ويتعلق به ثبوتُ الحُرم وكمالُ الأحكام وثبوت الإحصان وقبول الشهادة وغير ذلك، فوجب أنْ يكون [مقدَّما][4] على غيره.

فإنْ قالوا: لَمَّا كانوا يأخذون جميعًا بالوصية وجب أنْ يتساوَوْا.

قلنا: لا يمتنع أنْ يتساوَوْا في سبب الاستحقاق، وإنْ تأكد بعض ذلك على بعض؛ كما تأكَّد التصرف في حال الصحة على التصرف في حال المرض به.

فأمَّا إنْ كانت الوصيَّة عتق عبد بغير عينه؛ كانت وسائرَ الوصايا سواء، لأنَّ الحرِّيَّةَ لَمْ تتعلق بشخص مُعَيَّنٍ فيراعى كمالها فيه، وليس كذلك إذا تعلَّقت بعبدٍ بعينه؛ لأنَّ تعيينها فيه يوجب تأكيدها وقوتها، وذلك يقتضي ترجيحها على غيرها مِن الوصايا.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والمُدَبَّرُ في الصحَّة مُبَدًّا على ما في المرضِ مِن عِتْقٍ وغيرِه، وعلى ما فَرَّطَ

---

(1) «الأصل» للشيباني (5/ 464).

(2) «الحاوي الكبير» (8/ 211).

(3) في (ع): (التغليظ).

(4) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

فيه مِن الزَّكاةِ فأَوْصَى به؛ فإنَّ ذلك في ثُلثِه مُبدًّا على الوَصَايَا، ومُدبَّرُ الصِّحةِ مُبدًّا عليه).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ التدبير عقد حرية لا سبيل إلى إبطاله ولا الرجوع فيه، والتصرف في الصحة آكد مِن التصرف في المرض، فإذا كان كذلك؛ كان مُبدًّا[1] على التصرف في المرض به.

فصلٌ:

فأمَّا ما فرَّط فيه مِنْ زكاة وغيرها[2]:

فإنْ أوصى[3] بإخراجه؛ لزم إخراجه عنه.

وإنْ لَمْ يوصِ[4] بذلك وورَثَتُه عالمون؛ استحببنا لهم إخراجه عنه مِن غير إيجاب، وبه قال أبو حنيفة[5].

وقال الشافعي: يلزمهم إخراجه عنه مِنْ أصل مالِهِ[6].

والدليل على ما قلناه:

أنَّ الزكاة إخراجُها موكولٌ إلى أمانته:

---

(1) في (ع): (مقدما).

(2) في (ع): (وغيره).

(3) في (ع): (وصَّى).

(4) في (ع): (يوصي)، وهي لغة.

(5) «الحجة على أهل المدينة» (1/ 463).

(6) «الأم» (2/ 37).

فإذا قال: «قد أديتها»؛ قُبل منه.

وإنْ[1] قال: «هي عَلَيَّ»، [و][2]لَمْ يكن له مطالب بعينه، ولا خصم مُعيَّنٌ -أعني: في العين والورِق- فإذا لَمْ يوص بها؛ جاز أنْ يكون قد أخرجها سِرًّا.

وإذا أمكن ذلك؛ لَمْ يَجز أنْ يلزم[3] الورثة إخراجُ ما يشك هل هو عليه أم لا.

ورُوي أنَّه ﷺ كان إذا صلى على ميت سأل: «هل عليه دَيْنٌ؟»[4]، فلو كانت الزكاة [مستحقة][5] في مالِه بعد الموت لسأل: «هل عليه زكاة؟».

فإنْ قيل: فإنَّ مالكا يزعم أنَّ الإنسان [و/ 373] إذا عَلم مِنْه الإمامُ أنَّه لا يُخرج الزكاة فإنَّه يأخذها مِنْه، وتقوم نيَّة الإمام مقام نيَّته[6][7]؛ فكذلك تُخرج بعد الموت مِن مالِه، ويقوم ذلك مقام نيَّته.

قيل له: إذا عَلم الإمام أنَّه لا يخرجها، وقال له: «لَمْ أُخرِجْها، وأنَا مِنْ بَعْدُ أُخرِجُها»؛ فإنَّه يأخذها، فأمَّا لو قال: «قد أخرجتها»؛ لَمْ يكن له أخذها.

فإذا قال في حياته وصحته: «لَمْ أخرجها»؛ لَمْ يُتَّهم، وأخذها الإمام.

---

(1) في (ع): (وإذا).

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ع): (لم يلزم).

(4) رواه البخاري (2289).

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) في (ع): (وتقوم نية الإمام فيه).

(7) «المدونة» (1/ 334).

وإذا كان[1] ذلك في مرضه أو[2] أوصى بها؛ اتهمناه على الورثة في أنْ يقصد الانتفاع [بمالِهِ في حال][3] حياته ثُمَّ يخرجه عن ورثته بعد موته بالوصيَّة؛ منعناه[4] وجعلناها مِن الثُّلُثِ.

ولو زالت التُّهمة؛ لقبلنا قوله، لأنَّ مالكا -رحمه الله- قد نَصَّ على أنَّه لو قدم عليه مال غائب في مرضه فقال: «هذا لَمْ أُزَكِهِ[5]، [فأخْرِجوا][6] زكاته»؛ أَنَّها تُخرج مِنْ رأس مالِهِ[7]؛ لانتفاء التُّهمة عنه في ذلك.

ويفارق هذا ديون المخلوقين؛ أَنَّ هذا[8] ليس إخراجها مُوكَلا[9] إلى أمانته، ألَا ترى أنَّه لو أقر بها ثُمَّ ادَّعى الخروج عنها لَمْ يُقبل مِنْه؛ لأنَّ لها خصما قائما بعينه يستحِقُّ المطالبة بها.

فصلٌ:

وقوله: (إنَّه إذا أوصى بها فإنَّها تكون في الثلث)؛ هو قولنا وقول أبي حنيفة، إلَّا أنَّا نقول نحن: إنْ ضاق الثُّلُثُ عنها بُدئت الزكاة.

---

(1) في (ع): (قال).

(2) في (ع): (و).

(3) في (خ): (بحال)، والمثبت مِن (ع).

(4) في (ع): (فمنعناه).

(5) في (ع): (لم أزكيه)، وهي لغة.

(6) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(7) «المدونة» (1/ 389).

(8) في (ع): (لأنَّ تلك).

(9) في (ع): (موكولا).

وقال أبو حنيفة: هي والوصايا سواء[1].

قالوا: لأنَّها إذا خرجت عن أنْ تكون كسائر الديون، وصارت مِن الثلث؛ كانت وسائر الوصايا سواء، ألَا ترى أنَّه لو رجع عنها لقبلنا رجوعه، ولو قال: «بَدِّؤوا غيرَها عليها»[2]؛ لفعلنا ذلك.

وهذا غير صحيح؛ لأنَّها وإنْ صارت إلى الثلث فإنَّه يبدَّأ الأوجب فالأوجب، والآكد فالآكد، ولولا التهمة لكانت مِن رأس المال.

وقد يجوز أنْ تكون [صحيحة كما][3] قال، فإذا لَمْ يُقبل مِنْه -وهو إنَّما قصد إخراجها مِن رأس المال [لا مِن الثلث][4]- فأَقَلُّ ما في الباب أنْ يبدَّأ على ما يتطوع به.

فإذا قال: «[قدموا][5] عليها غيرها»؛ فقد اتهم نفسه[6] في أنَّها عليه.

ودليلنا: أنَّ هذا القول تورية عن غيره، وإنَّما أراد أنْ يصل إلى المساكين على وجه التطوع أو غيره، فاستعار لها اسم الزكاة.

فإنْ قيل: فكان يجب أنْ يقدِّموها على المدبَّر في الصحة، ومِنْ قولكم: إنَّ المدبَّر في الصحة مقدم على الزكاة.

(1) «الحجة على أهل المدينة» (1/ 464).

(2) في (ع): («أدُّوا غيرها»).

(3) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(4) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(5) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(6) قوله: (نفسه) ليست في (ع).

قلنا مِنْ قَبْلُ: إنَّ التدبير عَقدٌ لا سبيل إلى حلِّهِ ولا الرجوع فيه، فإذا دبَّر قَبْلَ أنْ يذكر أنَّ عليه زكاة؛ فقد عقد عقدًا لا سبيل له إلى حَلِّه.

فلو قبلنا قوله: «إنَّ علَيَّ زكاة» لَأدَّى [ذلك][1] إلى الرجوع في التدبير.

وله أنْ يرجع عن الزكاة ويقول: «ليست علَيَّ، وكنت أخرجتها، ولكنْ أُنسيتها»، وإذا كان كذلك؛ ثبت ما قلناه، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإذا ضاقَ الثُّلثُ تَحاصَّ أهلُ الوَصايَا التي لا تَبْدِئَةَ فيها).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّه لا مَزِيَّةَ لبعضهم على بعض، وإذا كان كذلك؛ وجب أنْ يتحاصُّوا على قدر أنصبائهم لتساويهم في الوصايا، فلَمْ يكن بعضُهم بأنْ يبدَّأ بأولى مِنْ بعض.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وللرَّجُلِ الرُّجوعُ عن وَصيَّتِه مِن عِتْقٍ وغيرِه).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ الوصية ليست بإيجاب ولا إيقاع، وإنَّما هي أمرٌ باستئناف إيقاع

---

(1) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

شيء بعد وفاته، فهي في معنى الوعد بالشيء؛ فله أنْ يثبت عليه، وله أنْ يرجع عنه، والله أعلم. [و/374]

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والتَّدْبِيرُ: أنْ يقولَ لعبدِه: «أنْتَ مُدَبَّرٌ»، أو «أنتَ حُرٌّ عن دُبُرٍ مِنِّي»؛ ثُمَّ لا يجوز له بيعُه، وله خدمَتُه، وله انتِزاعُ مالِه ما لَمْ يَمْرَضْ، وله وَطْؤها إنْ كانت أَمَةً، وَلا يَطَأُ المُعتَقَةَ إلى أجَلٍ ولا يَبِيعُها، وله أنْ يَستَخْدِمَها، وله أنْ يَنْزِعَ[1] مالَها ما لَمْ يَقْرُب الأجَلُ، وإذا مات؛ فالمُدَبَّرُ مِن ثُلُثِه، والمُعْتَقُ إلى أجَلٍ مِن رأسِ مالِه).

قال القاضي أبو محمد [عبد الوهاب] -رحمه الله-:

أمَّا ما ذكره مِنْ وصف التدبير؛ فلا خلاف في كونه تدبيرا إذا أَطلق ولَمْ يقيِّد.

فأمَّا إطلاقه؛ فهو أنْ يقول: «أنت مُدَبَّرٌ» -أو «[أنت][2] حُرٌّ عن دُبُرٍ مِنِّي»، أو «أنت حُرٌّ بعد موتي» ويريدُ التدبير -عند ابن القاسم-، فهذا تدبيرٌ صحيح لازم.

و[أمَّا][3] تقييده؛ فمثل أنْ يعلقه بموته مِنْ مرض مخصوص، أو سفر

---

(1) في (ع): (وينتزع مالَها).

(2) زيادة من (ع).

(3) زيادة مِن (ع).

معيَّن، أو زمانٍ بعينه، لا بموته فقط، فهذا كالوصيَّةِ، لا يحرم عليه بيعُه ولا الرُّجوعُ فيه.

فأمَّا إذا أطلق؛ فقد لزمه [عقده][1]؛ فلا يجوز له بيعه ولا [الرجوع][2] فيه إذا لَمْ يكن عليه [دَيْنٌ][3] قَبْلَ تدبيره، أو جنايةٌ مِن العبد.

هذا قولنا وقول أبي حنيفة[4].

وقال الشافعي: للمُدبِّر أنْ يرجعَ عن تدبيره، ويبيعَ[5] المدبَّرَ ويهبَه ويتصرَّفَ فيه بسائر أنواع التَّصرف[6].

والدليل على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[المائدة: 1]؛ وهذا قد عقده لعبده عقد تدبير، وهو طاعة وقربة؛ فلزمه الوفاء به.

وقد قال بعضهم: «إنَّ التدبير لا يُطلق عليه اسمُ عقد؛ لأنَّ المعقول مِن العقد أنْ [يحصُل][7] مِنْ عاقدَيْنِ».

وهذا باطل؛ مِنْ قِبَلِ أنَّ وَصْفَ العقد بأنَّه عقد لا يفتقر إلى اشتراكٍ مِنْ

---

(1) في (خ): (عقد)، والمثبت من (ع).

(2) في (خ): (رجوع)، والمثبت من (ع).

(3) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(4) «شرح مختصر الطحاوي» (8/ 274).

(5) في (ع): (فيبيع).

(6) «الأم» (9/ 307).

(7) في (خ) ما صورته: (يحيل)، والمثبت من (ع).

حيث كان عقدًا.

وقد يقول الإنسان: «عقدت لله على نفسي كذا»، و«عقدت صوم هذا اليوم»، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: 89]، فقد يحتاج العقد إلى اشتراك وقد لا يحتاج إلى ذلك[1]؛ فبطل ما قالوه.

ويدُلُّ على ما قلناه أيضا: أنَّ عتقه مُعَلَّقٌ بموت سيده على الإطلاق؛ فلَمْ يكن لسيده الرجوع فيه و[لا][2] إبطاله، فكان هذا العقد الثابت له على هذه الصفة مؤثِّرا في منع بيعه وهبته؛ اعتبارا بأُمِّ الولد، لأنَّ ما ثبت لها مِنْ [حرمة][3] الاستيلاد يمنع مِنْ هذا أجمع.

ولا يدخل عليه التدبير المقيَّدُ؛ لأنَّه ليس بمتعلق[4] بموت السيد على الإطلاق.

فإنْ قيل: الفرق بَيْنَ أُمِّ الولد والمدبَّر هو أنَّ أُمَّ الولد في حكم المتلَفة في حال الحياة؛ لأنَّ إحبالها إتلافٌ لها.

ألَا ترى أنَّه إذا أعتق جارية بَيْنَه وبَيْنَ شريكه؛ قُوِّمَ عليه نصيبُ شريكه لأنَّه أتلفه، ولو لَمْ يَصِر مُتلَفا لَمْ يُقَوَّمْ عليه.

ألَا ترى أنَّه لو باع نصيبَه؛ لَمْ يُقَوَّمْ عليه نصيبُ شريكه.

فإذا كانت في حكم المُتلَفة؛ لَمْ يجز بيعها.

---

(1) في (ع): (وقد لا يحتاج إليه).

(2) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(3) في (خ): (حرية)، والمثبت من (ع).

(4) في (ع): (يتعلق).

وليس كذلك المُدَبَّرُ؛ لأنَّه ليس بمُتلَفٍ ولا في حكم المُتلَفِ، فجاز، لأنَّ التدبير ليس بإتلاف.

ألَا ترى أنَّه لو دبَّر نصيبَه؛ لَمْ يقوَّم عليه نصيبُ شريكه.

وإذا لَمْ يكن مُتلَفًا ولا في حكم المُتْلَفِ؛ جاز بيعه وهبته.

فالجواب: أنَّه ليس كُلُّ ما وجب تقويمه فقد صار في حكم المُتلَفِ؛ لأنَّ التقويم قد يجب لجناية يفعلها وإنْ لَمْ يكن إتلافًا للعين، كما نقول في العبد بَيْنَ شريكَيْنِ يُعْتِقُ أحدُهما حصَّتَه، يُقَوَّم عليه حصَّة شريكه إنْ كان موسرًا، وليس إعتاقه حصتَه بإتلاف حصة شريكِه، وإنْ كانت تؤدِّي إلى ذلك على [و/ 375] التدبير عندنا على هذه القضية في حكم المتلف؛ لأنَّه إذا كان عبدٌ بَيْنَ شريكين فدبَّر أحدهما حصته، فإنَّه تُقوَّم عليه حصة الشريك الذي لَمْ يُدبِّر إنْ اختار الشريكُ ذلك، وإلَّا تقاوما، فلا نُسَلِّمُ لهم ما ادَّعَوْهُ.

وعلى أنَّ المكاتَب ليس بمُتْلَفٍ ولا في حكم المُتْلَف، ولا يجوز بيعه؛ فبطل ما قالوه.

فإنْ قيل: إنَّ حرية أُمِّ الولد حرية منجزة لزمت في حياته؛ فأشبهت العتق في الصحة، ألَا ترى أنَّها تُعتق مِنْ رأس المال، فلذلك لَمْ يرجع فيها، وليس كذلك التدبير؛ لأنَّه يلزم بالموت، ويعتق مِنْ الثلث؛ فكان كالوصية.

قلنا: ليس يمنع أنْ يكون حكمُ أُمِّ الولد آكَدَ حكمًا مِن المدَبَّر، وأنْ يكون سببها أقوى، إلَّا أنَّ هذا لا يمنع مشاركة المُدبَّر لها في منع بيعه للمعنى الذي

اجتمعا فيه؛ وهو تعليق عتقها بموت السيد على الإطلاق، وإنْ كانت أُمُّ الولد أقوى سببا؛ لأنَّها تعتق مِنْ رأس المال، ولا يرُدُّها دَيْنٌ.

على أنَّ خروج المدَبَّر مِن الثلث لا يوجب تجويز الرجوع في عقده، ولا يؤذِنُ بجواز بيعه.

ألَا ترى أنَّ المُعتَق بَتْلًا في المرض يخرج مِن الثُّلُثِ، ولا يجوز بيعه لمُعتِقِه ولا الرجوع فيه.

ومِمَّا يدُلُّ على ما قلناه:

أنَّا وجدنا التَّدبير عقدا مِنْ عقود العتق، اكتسب به العبدُ اسمًا مفردًا مطلقًا؛ فوجب أنْ [لا][1] يكون لسيِّدِه الرجوع مِن [عقده، أصله:][2] عقد الاستيلاد والكتابةِ؛ [مُسْتوَلَدَة][3] ومكاتبة.

فإنْ قيل: ينتقض بالتدبير المقيَّد، وبالمُعتَق نصفُه، وبالموصى بعتقه؛ لأنَّ كُلَّ هؤلاء قد كسَّبَتْهم هذه العقودُ اسمًا مفردًا، مع ذلك فبيعهم جائز.

قلنا: أمَّا التدبير المقيَّد؛ فليس بتدبير في الحقيقة، وإنَّما هو وصية، فليس يكتسب العبد به اسمًا، على أنَّا قد قلنا: «اسمًا مطلقًا».

وأمَّا المُعتَق نصفُه، فأيَّ اسم كسَّبَه هذا العقدُ؟ ليس في قولنا: إنَّه «مُعتَقٌ نصفُه» أو «مُوصًى بعتقه» أكثرُ مِن الإخبار عن صفة عتقه، فأمَّا أنْ يكون ذلك

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) زيادة يقتضيها السياق.

(3) في (ع): (متولدة)، والمثبت الموافق للتصريف، والمستعمل في اصطلاح الفقهاء.

اسمًا له -كما يقال: «مكاتَب» أو «مُدبَّر»-؛ [فلا][1].

وأيضا؛ فإنَّا وجدنا ما ثبت للمُدبَّر مِنْ حقِّ الحرية آكَدَ مِمَّا ثبت للمكاتَب، وذلك لأنَّ المُدبَّر يُعتق بموت مولاه مِنْ غير عوض، والمكاتب لا يعتق بموت سيده إلَّا بأداء العوض، حتى إذا لَمْ يؤدِّي[2] أو عجز عن بعضه عاد رقيقا.

ثُمَّ وجدنا الحقَّ الثابت للمكاتَب مؤثرا في المنع مِنْ بيع رقبته؛ فكان حقُّ المدبَّر أولى بذلك.

فإنْ قيل: إنَّ المكاتبة حكمُها حكمُ المعاوضة؛ فلَمْ يَجز له التَّصرفُ فيه بعده، كما لو باعه، وليس كذلك التَّدبير؛ لأنَّه ليس بمعاوضة؛ فهو كالوصية.

فالجواب: أنَّه لا يجب مِنْ حيثُ لَمْ يكن معاوضة تجويز إبطاله والرجوع فيه، كالاستيلاد والعتق البتل في المرض؛ لأنَّ هذا ليس بمعاوضة، ولا يجوز إبطاله والرجوع فيه، والله أعلم.

واستدل مخالفنا:

بما رواه أبو الزبير [عن جابر][3]: «أنَّ رجلا أعتق عبدًا له عن [دبُرٍ][4]، فدعاه رسول الله ﷺ وباعه[5]»، وهذا يدُلُّ على جواز بيع المُدبَّر.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) كذا في (ع)، وهي لغة.

(3) زيادة من مصادر التخريج.

(4) في (ع): (دين)، والمثبت مِن مصادر التخريج.

(5) رواه مسلم (997) مِن طريق أبي الزبير عن جابر به، بنحوه، وهو في البخاري (2534) مِن طريق =

فالجواب: أنَّ هذا ليس بلفظ يُتَعَلَّقُ بعمومه، وإنَّما هو حكاية فعل.

ويحتمل أنْ يكون كان تدبيرًا مقيَّدا، أو أنْ يكون كان على سيده دَيْنٌ قَبْلَ التدبير.

وإذا احتمل ذلك؛ لَمْ يكن لهم حمله على موضع الخلاف إلَّا ولنا حملُه على غيره.

فإنْ قيل: قول الراوي: «باع مدبَّرا» يقتضي أنْ يكون مدبَّرا مطلقًا، وحمله على ما ذكرتم يحتاج إلى دليل.

قيل له: هذا ليس بشيء؛ لأنَّ حصوله على هذه الأوصاف لا ينفي كونه مدبَّرا، [و/376] وإنَّما هو نظر [في][1] صفة سيِّده الَّتي إذا كان عليها جاز بيع مدبَّره؛ فسقط ما قالوه.

فإنْ قيل: حمل الخبر على ما قلتم مستفاد بالإجماع، وحمله على ما قلناه حمل له على فائدة مُجَدَّدَة[2]، فكان أولى.

قيل له: وإذا كان محتملا للأمرين؛ فلابُدَّ[3] أنْ يكون واقعًا على أحدهما، فما الذي أوجب [القضاء][4] بأنَّه وقع على صفةٍ يستفاد به[5]

عمرو بن دينار عن جابر به بنحوه.

(1) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(2) في (ع): (مجردة).

(3) في (ع): (ولابد).

(4) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(5) في (ع): (بها).

فائدة مجدَّدَةٌ[1] دون ما [استفيد][2] بالإجماع بغير دلالة؟

فإنْ قالوا: إنَّ الراوي إنَّما ينقل ليُفيد، وهذه الفائدة معلومة مِنْ غير نقله.

[**قلنا لهم**][3]: قد ينقل ما يفيد وما يؤكِّد وما لا يفيد أصلا؛ فلا وجه لهذا، ولعل هذا هو الشرع الَّذي عنه استفدنا ذلك؛ فبطل ما قالوه.

والذي يُبَيِّنُ ما قلناه: أنَّ هذا الخبر ورد مُجْمَلا، وقد ورد خبر آخرُ مفسَّرًا: فرَوى الأعمش عن سَلَمَةَ بن [كُهَيْلٍ][4] عن عطاء عن جابر قال: أعْتَقَ رجلٌ مِن الأنصار غلامًا له عن دبر يُسَمَّى [مذكورا][5]، قبطيًّا، وكان محتاجًا وعليه دَيْنٌ، فباعه رسول الله ﷺ بمائة[6] درهم وقال: «اقْضِ دَيْنَكَ»[7].

ونحن نجوِّز[8] بيع المدبَّر إذا صادف عقدُ تدبيره دَيْنًا على سيِّده.

وأيضا فقد رَوى محمد بن المُنْكَدِرِ عن عطاء عن جابر: «أنَّ النَّبي ﷺ باع خدمة [المدبَّر»][9][10]، فيجوز أنْ يكون هذا معنى خبرهم، وإنَّما تجوَّز

(1) في (ع): (مجردة).

(2) في (خ): (يستفيد)، والمثبت من (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(4) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(5) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع)، وفي مصادر التخريج: (يقال له: أبو مذكور).

(6) كذا في (خ) و(ع)، وفي مصادر التخريج: (بثمانمائة).

(7) رواه النسائي (5418) مِن طريق مُحاضِر بن المُوَرِّعِ عن الأعمش به، بنحوه، وهو في البخاري (7186) طريق إسماعيل بن أبي خالد عن سلمة بن كهيل به، دون ذكر: «الدَّين».

(8) في (ع): (ويجوز).

(9) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(10) لَمْ أجد من خرجه بهذا الإسناد فيما بين يدي من مراجع، ورواه الدارقطني (4258-4261)
=

الراوي بذكر المدبَّر [نفسه.

واعْتَلُّوا][1] **بأنْ قالوا:** لأنَّها حُرِيَّة تحصل بالموت مُعتبَرةٌ مِن الثلث؛ فلَمْ تمنع [بيع العبد][2]، اعتبارا بالتدبير المقيَّد، وهو [أنْ][3] يقول: «أنت حرٌّ إنْ مِتُّ مِنْ هذا المرض»، أو «[هلكت][4] في هذا السفر».

فالجواب: أنَّ هذا لا يقال فيه[5]: «حريةٌ تحصل بالموت» على الإطلاق دون أنْ يقيد؛ لأنَّ إطلاق ذلك يفيد أنَّه[6] يحصل بالموت مطلقًا غير مقيَّد، وليست هذه صفة التَّدبير المُقيَّد.

وأيضًا، هي[7] المعنى في الأصل؛ وهو أنَّ الحريَّة لَمْ تتعلَّق بموت السيد على الإطلاق، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنَّها تعلَّقت بإطلاق موت السيد.

واعتلُّوا أيضا بأنْ قالوا: لأنَّه عتق يقع بصفة لفظ انفرد به، فوجب أنْ يجوز[8] له بيعه؛ أصله: المعتَق نصفُه.

قالوا: وقولنا: «عن[9] لفظ»؛ احترازا عن الاستيلاد، وقولنا: «انفرد به»؛

من طرق، ورجَّح فيها رواية أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين مرسلا، وينظر تخريجه في نصب الراية للزيلعي(3/ 286) والبدر المنير لابن الملقن (9/ 732).

(1) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(2) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(3) زيادة من (ع).

(4) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(5) في (ع): (في).

(6) في (ع): (أن).

(7) قوله: (هي) ليس في (ع).

(8) في (ع): (انفرد به فيجوز).

(9) في (ع): (على).

احترازا عن الكتابة؛ لأنَّ السيد لا ينفرد بلفظها.

والجوابُ عن ذلك أنْ يقال: ليس يحتاج في الكتابة إلى لفظٍ مِن العبد عندنا، على أنَّ القول بأنَّ للسيد أنْ يجبره عليها.

ثُمَّ [العتق][1] بالصِّفة على ضربَيْنِ:

عتقٌ عُلِّقَ بصفة آتية لا محالة، كمجيء الشهر [وموت زيد]؛ فهذا لا يجوز معه بيع العبد.

وعتقٌ عُلِّقَ بصفةٍ يجوز أنْ تقع ويجوز [أنْ لا تقع]، كقدوم زيد ودخول [الدار وما أشبه ذلك]؛ فهذا لا يمنع البيعَ عندنا ما لَمْ يحصل [العتق][2].

إلَّا أنَّ عتق المُدبَّر تعلَّق بصفة آتية لا محالة، وهو موت السَّيد، فكان كأُمِّ الولد.

ولأنَّ التَّدبير آكدُ مِن العتق بصفة؛ لأنَّ العتق فيه يحصل بموت السَّيد، ولا يقع في العتق المُعلَّق بصفة إذا وجدت الصفة بعد موت السَّيد.

قالوا: ولأنَّها عطية بعد الموت مُعتبَرة مِن الثلث؛ فأشبهت الوصية [بالعتق].

فالجواب: أنَّ الموصَى بعتقه تقع الحرية عليه بعد الموت مِن [الموصِي] إليه إيقاعًا مستأنفًا، وليس كذلك المُدبَّر؛ لأنَّ عقد عتقه وقع مِن [السَّيد]، وهو يقع بنفس موت السيد.

---

(1) طمس في (خ) في مواطن متعددة، والمثبت مِن (ع)، واكتفيت بوضعه بَيْنَ معقوفين دون إشارة في الهامش.

(2) في (خ): (العقد)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

واحتمال الثلث له؛ مِنْ غير إعتاق مِن الورثة والوصي، والله أعلم.

فصلٌ:

فإذا مات السَّيد نُظر:

فإنْ خرج مِن الثلث؛ عَتَقَ.

وإنْ خرج بعضُه؛ عَتَقَ بقدر ما خرج مِنْه.

وإنْ كان [و/377] على سيده دَيْنٌ يغترقه [بِيع][1] في الدَّيْنِ، وبطل تدبيرُه.

وإنْ كان الدَّيْنُ محيط[2] ببعضه؛ بيع مِنْه بقدره، وعُتق ما بقي دون الباقي.

وإنْ لَمْ يترك السيد غير المدبَّر؛ عُتق ثلثه ورُقَّ ثلثاه للورثة، ولَمْ يجب عليه أنْ يُسْتَسْعَى في قيمة ما بقي منه على ما سنبيِّنه إنْ شاء الله.

فأمَّا كونه عتيقًا مِن الثُّلُثِ دون رأس المال؛ فهذا قولنا وقول الشافعي[3] وكافَّة فقهاء الأمصار.

وحُكي عن سعيد بن جبير[4] ومسروق[5] وحمَّاد[6] أنَّه مِنْ جميع المال.

والدليل على ما قلناه:

ما استدل به مالك -رحمه الله-؛ وهو أنَّه لَمَّا استثنى عليه خدمته، لَمْ يكن

---

(1) في (ع): (سعى)، والمثبت من «المعونة» (3/ 1482).

(2) كذا في (ع).

(3) «الأم» (9/ 312)

(4) «مصنف ابن أبي شيبة» (22300).

(5) «مصنف ابن أبي شيبة» (22295).

(6) «مصنف ابن أبي شيبة» (22301).

له أنْ يخدمه حياته ثُمَّ يعتق على وارثه بعد موته مِنْ رأس ماله، فوجب أنْ يكون مِن الثلث الذي له الصدقة فيه بعد موته، وإنَّما الذي يكون مِنْ رأس المال ما أبانه عنه في صحته، وأخرجه مِنْ وجهه، ولَمْ يرجع.

ويدُلُّ على ذلك أيضا:

ما رواه أبو بكر ابن الجهم حدثنا موسى بن إسحاق حدثنا أبو بكر ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان عن خالد عن أبي قِلابَةَ أنَّ النَّبي ﷺ قال: «المُدَبَّرُ مِن الثلث»[1].

ورَوى عبد الباقي بن [قانع][2] في كتابه عن بشر بن موسى حدثنا الأصبهاني حدثنا علي بن ظبيان الكوفي عن [عبيد][3] الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال النبي ﷺ: «المُدَبَّرُ مِن الثلث»[4].

فإنْ قيل: صحيحُ هذا الحديثِ [موقوفٌ][5]، ولَمْ يرفعه إلَّا عليُّ بن ظبيان وحده.

---

(1) «مصنف ابن أبي شيبة» (22297)، وقال البيهقي في «السنن الصغير» (4/ 216): «ورُوي عن أبي قلابة عن النبي ﷺ مرسلا».

(2) في (ع): (نافع)، والصواب المثبت، وهو صاحب كتاب «معجم الصحابة».

(3) في (ع): (عبد)، والتصويب مِن مصادر التخريج.

(4) رواه ابن ماجه (2514) مِن طريق عثمانَ بنِ أبي شيبة عن عليِّ بنِ ظَبْيَانَ به، بلفظه، وقال: «سمعت عثمان -يعني ابن أبي شيبة- يقول: هذا خطأ، يعني حديث: «المدبر مِن الثلث»، قال ابن ماجه: ليس له أصل»؛ أي مرفوعا، وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (9/ 736): «اتفق الحفاظ على تصحيح رواية الوقف، وتضعيف رواية الرفع».

(5) في (ع): (وموقوف) بالواو، والمثبت أليق بالسياق.

قيل له: ليس ذلك يقدح في رفعه إذا ورد مِنْ جهة الثقة[1]؛ لأنَّ الصحابي قد يرفع الحديث تارة ثُمَّ يفتي بلفظه أخرى.

ويدُلُّ على ذلك أيضا: أنَّا وجدنا العتق في البتل في المرض آكد مِن التدبير؛ لأنَّه أمر قد نفذه مُوقِعه في الحال، والتدبير غير مُنفذٍ في الحال، بل مشترط بالموت، ثُمَّ كان العتق خارج[2] مِن الثلث؛ فكان التدبير بذلك أولى.

وأيضا: فلأنَّ كُلَّ عتق حصل بعد الموت مِنْ جهة القول فإنَّه يكون في الثلث؛ اعتبارا بالموصى بنصفه.

فإنْ قيل: لَمَّا كان عتقه منجزا بالموت أشبه أُمَّ الولد.

قيل له: إنَّما كانت أُمُّ الولد مِنْ رأس المال؛ لأنَّها بمنزلة العتق في الصحة، لأنَّ عقد عتقها ثبت مِنْ طريق الفعل والحكم، فهو آكد مِمَّا ثبت مِنْ طريق القول.

ألَا ترى أنَّ المريض لو وَطِئ بجارية لا يملك غيرها فعلقت مِنْه أنَّها تكون أُمَّ ولد تعتق بموته، ولو أعتق بَتْلًا لاعْتُبِرت مِن الثلث، فدَلَّ ذلك على الفرق بَيْنَها وبَيْنَ المدبَّر، وبالله التوفيق.

فصل:

فإذا ثبت أنَّه يُعتق مِن الثلث عَتَقَ جميعُه إنْ خرج مِنْه، وإلَّا فبقدر ما يخرج

---

(1) وعلي بن ظبيان ضعفه جمع؛ منهم ابن معين وابن نمير والبخاري والنسائي وأبو زرعة وأبو حاتم والأزدي وابن حبان والدارقطني وغيرهم، ينظر: «تهذيب الكمال» (20/ 498).

(2) كذا في (ع).

مِنْه؛ لأنَّ الثلث موضع له، فإذا امتنع بعضه وجب تنفيذ ما لَمْ يمتنع مِنْه، ولَمْ يجب على العبد الاستسعاء؛ لِمَا سنذكره في باب العتق[1] -إنْ شاء الله-.

فإنْ كان على السيد دَيْنٌ؛ بيع جميعه أو بعضه على قدر إحاطة الدَّيْنِ به.

وعند أبي حنيفة: أنَّه لا يباع في الدَّيْنِ، ولكنْ يسعى للغرماء، فإذا أدَّى ما لهم خرج حرًّا، ولا يرجع رقيقا بعد التَّدبير، وإنْ كان قيمته أكثرَ مِن الثُّلُث؛ عتق ويسعى للورثة فيما فضل عن الثُّلُث[2].

واحتجَّ له محمد بن الحسن بأنْ قال: لو جاز أنْ يباع على حال؛ لكان بيعه في حياةٍ قَبْلَ أنْ يقع العتق أجوز مِنْ بيعه بعد موت السَّيد إذا وقع عليه العتق، أرأيتم المُدَبَّر، [و/ 378] أليس إذا امتنع المسلمون مِنْ بيعه لِمَا جَعَلَ فيه سَيِّدُه مِن العتق بعد موته؟

فإذا قالوا: بلى، قيل لهم: لا نقدر على بيعه في حياته لهذا القول [لَمَّا][3] لحقه دَيْنٌ بعد تدبيره، فإذا مات؛ وقع العتق الذي به مُنع السَّيد مِنْ بيعه في الحياة، فلِمَ يباعُ المُدَبَّرُ في الدَّيْنِ الذي لَحِقَ بعد التَّدبير، وهو الذي كان سيِّده في حياته لا يَقدِرُ على بيعه فيه؟

وهذا الذي قاله[4] ليس بصحيح؛ مِنْ قِبَلِ أنَّ التَّدبير عندنا وعنده يجري

(1) ينظر ما يأتي (ص: 567).

(2) «الأصل» للشيباني (5/ 173).

(3) في (ع): (منا)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (قالوه).

مجرى الوصية، والدَّين مُقدَّم على الوصيَّة مِنْ قول المسلمين معًا[1].

فلو قدَّمنا عتق العبد على الدَّيْنِ لكان في ذلك أحد أمرين ممنوعين:

إمَّا تقديم الوصيَّة على الدَّيْنِ؛ لأنَّ العبد يتعجَّل[2] العتق، ويحصل أصحاب الدَّيْنِ على سعاية متأخرة، وذلك غير جائز.

أو انتزاع[3] العبد مِنْ أيدي[4] أصحاب الدَّيْنِ، وإحالتهم على سعاية لا يُدرى أتحصل لهم أم لا، بغير رضاهم، وإلزام العبد الاستسعاء مِنْ غير جناية كانت مِنْه، وهذا باطل.

فأمَّا قوله: «إذا جاز بيعه على بعض الوجوه فبيعه في حياة السَّيد أجوز»؛ فإنَّه مَحْضُ الدَّعوى، وإنَّما يكون الشيء أولى بالحكم مِن غيره إذا شاركه في المعنى الموجِبِ له و[5][زاد عليه][6]، فأمَّا ولَمْ [يوجد فيه ذلك] المعنى؛ فلا[7].

وقد بَيَّنَّا العِلَّة في جواز بيعه بعد موت السَّيد، وهو [أنَّه وقت لتنفيذ الوصية]، والدَّيْنُ مقدم على الوصيَّة، ولا معنى لتأخيره [بعد حصول الصِّفة]

(1) في (ع): (معنا).

(2) في (ع): (يعجل).

(3) في (ع): (بانتزاع).

(4) قوله: (أيدي) ليست في (ع).

(5) في (ع): (أو).

(6) طمس في (خ) في مواطن متعددة، والمثبت مِن (ع)، واكتفيت بوضعه بَيْنَ معقوفين دون إشارة في الهامش.

(7) هذه اللفظة محتملة في (خ) للطمس، وهي ليست في (ع)، ولا يتم المعنى إلَّا بها.

التي عُلِّقَ العتق عليها.

فأمَّا في حياة السيد؛ ففي بيعه [إبطال عقد التدبير] الذي أوجبه السيد، مِنْ غير سبب يوجبه، لأنَّ الدَّيْنَ لَمْ [يسبق] التَّدبير، وإنَّما طرأ على عقد قد ثبت وتقرَّر؛ فلَمْ يجز إبطاله له.

فأمَّا تقريرُه إيَّانا على أنَّ منع المسلمين مِنْ بيعه في حياة السيد إنَّما كان لِمَا جَعل فيه سيِّدُه مِن العتق بعد موته، وإلزامُه إيَّانا أنْ نمنع ذلك أيضا بعد موته لوجود المعنى، فقد فَصَلنا بَيْنَ الموضعين:

بأنَّ في حياة السيِّد لَمْ تحصل الصفة التي يُتنجَّزُ معها العتقُ، ولَمْ يجز إبطاله؛ لأنَّه عقد وقع [موقعه]؛ فلَمْ يكن للدَّيْنِ اعتراض عليه.

وحكمه بعد الوفاة[1] مخالف لهذا، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (بأنَّ[2] له [استخدام] المدبَّر)؛ فلأنَّه على الأصل في ملك تصرفه، وليس ما حدث مِنْ عقد التدبير[3] بمانعٍ مِنْ ذلك، ولا مِنْ غيره مِنْ أحكام الرِّقِّ؛ لأنَّ أكثر ما يقتضيه عقدُ التدبير [منعُ][4] ما يبطله ويخرجه عن الملك، وليس في الخدمة ما يقتضي ذلك.

---

(1) في (ع): (الممات).

(2) في (ع): (إنَّ).

(3) في (ع): (تدبير).

(4) طمس في (خ)، وفي (ع): (مع)، والمثبت أليق بالسياق.

[و]الفرق بَيْنَه وبَيْنَ أُمِّ الولد: أنَّ الاستيلاد آكد حكما مِن التدبير؛ لأنَّه ثابت مِنْ طريق العقد الذي لا سبيل إلى حلِّهِ في الحياة ولا بعد الوفاة.

فأمَّا انتزاع مالِهِ فجائز لسيِّدِه؛ لِمَا ذكرناه مِنْ أنَّ أحكامَه أحكامُ العبيد إلَّا في جواز البيع والهبة وما يقتضي نقض عقد التدبير؛ فليس له ذلك.

فأمَّا إذا مرض السيِّدِ المرض المخوف فليس له انتزاع مالِهِ؛ لقرب وقت عتقه الذي يتبعه فيه مالُه.

ولأنَّه ينتزعه لغيره لا لنفسه.

[فصل][1]:

فأمَّا تجويزه وطء المدبَّرة؛ فلأنَّ ذلك ليس بناقض لعقد تدبيرها؛ فلَمْ يُمنع مِنْه، وكان على الأصل في استباحته.

ولأنَّ وطأه لها مؤكد[2] عقد عتقها لجواز أنْ تحمل، فتثبت لها حرمة الاستيلاد التي هي أقوى حكما مِن التدبير؛ لأنَّها لا تبطل بوجه، والتدبير قد يبطل على بعض الوجوه على ما ذكرناه.

وقد رَوى مالك [و/ 379] عن نافع عن ابن عمر: «أنَّه دَبَّرَ جاريتين له، وكان يطؤهما»[3].

فأمَّا المُعتَقة إلى أجل؛ فليس له وطؤها، مِنْ قِبَلِ أنَّ الوطء لا تتعلق إباحته

(1) زيادة مِن (ع).

(2) في (ع): (يؤكِّدُ).

(3) رواه مالك في «الموطأ» (3016).

بأجلٍ آتٍ لا محالةَ، والأصل في ذلك نكاح المتعة؛ لأنَّ علَّة منعه: استباحةُ وطءٍ يتعلَّق منعُه بأجلٍ آتٍ لا محالةَ.

والفرق [بَيْنَها وبَيْنَ المُدبَّرة][1]: أنَّ الأجل في المُدبَّرة لا يأتي مع بقاء السيِّدِ، فليس لاستباحة وطئها وقت يُنتظر تحريمه، لأنَّه مباح[2] له باقيَ عمره.

فأمَّا منعه مِنْ بيع المُعتَق إلى أجلٍ؛ فلأنَّه حصل مِنْه إيجابٌ لعتقه بأجل[3] آتٍ لا محالةَ، فكان على[4] معنى أُمِّ الولد، فلَمْ يجز بيعه.

والقول في انتزاع مالِهِ وجوازه ما لَمْ يقرُبْ أجلُ عتقه ومنعِه مع قربه؛ كالقول في المدبَّر، وقد ذكرناه.

فأمَّا خروج المُعتَق إلى أجل مِنْ رأس المال؛ فلأنَّه إيجابٌ ليس يَجري مَجرى الوصيَّة؛ لأنَّه ليس بمعلَّق[5] بموت السيد؛ إذ قد يجوز أنْ يقع في حياته[6].

والله أعلم.

---

(1) في (خ): (بينهما وبين المدبر)، والمثبت مِن (ع).

(2) في (ع): (ولأنه يباح).

(3) في (ع): (لأجل).

(4) في (ع): (في).

(5) في (ع): (بمتعلق).

(6) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [72/ ب-أزهرية].

بابٌ في المكاتَب[1]

قال -رحمه الله-:

(والمُكاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه شيءٌ).

[قال القاضي -رضي الله عنه-][2]:

والأصل في الكتابة: الكتاب والسنة.

وذلك قوله[3] تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾[النور:33].

وقوله -عليه السلام-: «المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه مِنْ كتابته درهمٌ»[4].

وما رُوي عن جماعة مِن الصحابة أنَّهم كاتبوا عبيدهم.

ولا خلاف في جوازها إذا كانت على شروطها الجائزة.

---

(1) في (ع): (باب المكاتَب).

(2) زيادة مِن (ع).

(3) في (ع): (فأمَّا الكتاب فقوله:).

(4) رواه أبو داود (3926) والترمذي (1260) وابن ماجه (2519) مِن طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا، قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (6/ 3282): «قال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب: لا أعلم أحدا روى هذا إلَّا عمرو بن شعيب، ولم أرَ مَن رضيتُ مِن أهل العلم يُثبته، وعلى هذا فتيا المفتين»، ورواه النسائي في «السنن الكبرى» (5220)، وابن حبان في «صحيحه» (4321) مِن طريق عطاء الخراساني عن عبد الله بن عمرو، وقال في «التلخيص الحبير»: وقال النسائي: «هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ».

فأمَّا قوله: (إنَّ المكاتَب عبد ما بقي عليه شيء مِنْ كتابته[1])؛ فهو قولنا وقول كافة فقهاء الأمصار؛ أنَّ المكاتَبَ إذا أدَّى شيئا مِن كتابته لَمْ يُعتق مِنْه شيء، وأنَّ رِقَّه باق ما بقي عليه شيء منها.

وقد حُكي عن الصَّدر الأوَّل [الخلافُ في ذلك][2]:

فحُكي مثلُ قولنا عن عمرَ[3] وابنِه[4] وزيدِ بن ثابت[5] وعائشةَ[6] وسعيدِ بن المسيِّب[7] وسليمانَ بن يسار[8] والزُّهريِّ[9] وغيرِهم.

وحكي عن ابن مسعود أنَّه قال: يعتق إذا أدَّى بقدر[10] قيمته، ويكون غريما بالباقي[11].

واختلف عن علي -رضي الله عنه- فذكر عنه[12] قولان:

---

(1) قوله: (مِن كتابته) ليست في (ع).

(2) في (خ): (خلافُ ذلك)، والمثبت من (ع)، وهو أليق بالسياق.

(3) «مصنف ابن أبي شيبة» (20945) (20946).

(4) «الموطأ» (2918)، «مصنف عبد الرزاق» (15722)، «مصنف ابن أبي شيبة» (20942) (20943).

(5) «مصنف عبد الرزاق» (15717)، «مصنف ابن أبي شيبة» (20944).

(6) «مصنف عبد الرزاق» (15725) (15726) (15740).

(7) «مصنف عبد الرزاق» (15733).

(8) «الموطأ» (2919).

(9) «مصنف عبد الرزاق» (15730)، «مصنف ابن أبي شيبة» (20952).

(10) في (ع): (قدر)

(11) «مصنف عبد الرزاق» (15721)(15737).

(12) في (ع): (فيها).

أحدهما: أنَّه يعتق بأداء النِّصف، ويكون غريما بالباقي[1].

والثاني: أنَّه إذا أدى جزءا مِن المال عُتق مِنْه بقدر ذلك مِن الأجزاء، كما لو كوتب على ألف درهم، فأدَّى عشرة دراهم؛ فإنَّه يعتق مِنْه [بقدر][2] عشرة أجزاء مِن ألف جزء[3].

وحكي عن شريح أنَّه قال: إذا أدَّى الثُّلُثَ عَتَقَ[4].

والدلالة على صحة قولنا:

ما حدثنا[5] عبد الوهاب بن محمد بن الحسين، قال: أخبرنا[6] محمد بن بكر التمار، قال: حدثنا أبو داود حدثنا هارون بن عبد الله حدثنا أبو بَدْرٍ، قال: حدثني أبو عتبة، قال: حدثني سليمان بن سُلَيْمٍ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنَّ النبي ﷺ قال: «المكاتَب عبدٌ ما بقي عليه مِنْ مكاتبته درهم»[7]؛ وهذا نصٌّ.

وحدثنا عبد الوهاب بن محمد حدثنا محمد بن بكر حدثنا أبو داود حدثنا محمد بن المُثَنَّى حدثنا عبد الصَّمد حدثنا هَمَّامٌ حدثنا عباس الجُرَيْرِيُّ عن

(1) «الأوسط» لابن المنذر (6908).

(2) زيادة من (ع).

(3) «مصنف عبد الرزاق» (15721)(15734)(15741)، «مصنف ابن أبي شيبة» (20967).

(4) «مصنف عبد الرزاق» (15737).

(5) في (ع): (حدثناه).

(6) في (ع): (حدثنا).

(7) رواه أبو داود في سننه (3926)، وتقدم تخريجه (ص: 500).

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنَّ النبي ﷺ قال: «أيُّما عبد كوتب[1] على مائة أوقية فأدَّاها إلَّا [عشرة] أواق فهو عبد، [وأيُّما عبدٍ كاتب على مائة دينارٍ فأدَّاها إلا عشرةَ دنانيرَ فهو عَبْدٌ][2]»[3].

ولأنَّ الكتابة عتق بصفة الأداء، فما لَمْ يحصل الأداء لَمْ [يحصل] العتق، وإذا حصل أداء البعض لَمْ يكن ذلك أداءً للكُلِّ؛ فلَمْ يقع العتق. [و/380]

ولأنَّ [عتق] الإنسان جزءا مِنْ عبده باختياره مبتدأ به يوجب عليه تكميله وتتميم الحرية [في] باقيه، فلو قلنا: إنَّه يعتق مِنْه بقدر ما أدَّاه[4] لوجب أنْ يعتق الباقي بالسِّراية أو بالحكم، سواء أدَّى باقي الكتابة أو لَمْ يؤد؛ وفي فساد ذلك دلالة على أنَّه لا يعتق إلَّا بأداء الجميع.

فإنْ قيل: فقد رُوي عن النبي ﷺ أنَّه قال: «يعتق مِن المكاتَب بقدر ما أدَّى»[5]، أو ما هذا معناه مِن الألفاظ.

[قيل له][6]: فالحديث [غير محفوظ][7] مِن طريق يوثق به.

---

(1) في مصادر التخريج: (كاتب).

(2) زيادة من مصادر التخريج.

(3) رواه أبو داود (3927)، وينظر ما قبله.

(4) في (ع): (أدى).

(5) رواه أبو داود (4581) والترمذي (1259) والنسائي (4810) من طريق عكرمة، واختلف على عكرمة بين وقفه، ورفعه عن ابن عباس، وإرساله، وقال البيهقي في الكبرى (10/ 549): «حديث عكرمة إذا وقع فيه الاختلاف؛ وجب التوقف فيه، وهذا المذهب إنما يروى عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-، وهو: «أنه يعتق بقدر ما أدى»، وفي ثبوته عن النبي ﷺ نظر».

(6) زيادة مِن (ع).

(7) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

ويحتمل أنْ يكون معناه: إذا شرط السيد [له ذلك] قال: «إذا أدَّيت شيئا فقد عجَّلت لك مِن العتق بقدر ما أدَّيت».

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(والكِتابَةُ جائزةٌ على ما رَضِيَهُ العَبْدُ وسيِّدُه مِن المالِ مُنَجَّمٌ، قَلَّتِ النُّجومُ أو كثُرَت، فإنْ عَجَزَ رَجعَ رَقِيقًا، وحلَّ له ما أخَذَ مِنْه).

قال القاضي -رحمه الله-:

أمَّا تجويز[1] الكتابة مِمَّا تراضى عليه[2] السيد والعبد مِن المقدار، قَلَّ أو كَثُرَ:

فلأنَّ الله تعالى قال: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور:33]؛ فأباح المكاتبة إباحة مطلقة، ولَمْ يخصَّ مقدارا مِنْ غيره؛ فاقتضى ظاهره جواز إيقاعها على كُلِّ شيء اتفقا عليه.

ولأنَّ الكتابة [عتق بصفة أداءِ][3] المال، فلا فرق بَيْنَ قليل المقادير وكثيرها.

---

(1) في (ع): (جواز).

(2) في (ع): (بما تراضيا به)، وهي لغة.

(3) في (خ) ما صورته: (لِما اعتق نصفه أدى)، والمثبت مِن (ع)، وهي عبارته في بعض مؤلفاته، ينظر «المعونة» (3/ 1465) وغيره.

ولأنَّه لَمَّا كان له أنْ يعتقها[1] على غير عوض كان له أنْ يعتقها[2] بعوض قليل أو كثير.

ولأنَّه لو باعه مِنْ غيره لجاز بالقليل والكثير؛ فكذلك في المعاوضة على عتقه.

ولا خلاف[3] في ذلك أعلمه.

فأمَّا اشتراطه أنْ يكون ما يكاتب عليه (منجَّما، قلَّت النجوم أو كثرت)؛ فظاهره أنَّ الكتابة لا تكون إلَّا منجَّمة.

ومتأخروا أصحابنا يقولون: إنَّ الكتابة الحالَّة جائزة كالمنجَّمة، وهي كالقِطاعة[4]، وإنَّما نصَّ مالك -رحمه الله- على التنجيم لأنَّه أرفق بالمكاتَب وأعون له، ولأنَّ عليه مضت العادة في الشرع.

وقول أبي حنيفة: إنَّ الكتابة الحالَّة جائزة؛ كما قلنا[5].

وعند الشافعي: أنَّ الكتابة الحالَّة غير جائزة، وأنَّها لا تكون إلَّا مؤجَّلَةً[6]،

(1) في (ع): (يعتقه).

(2) في (ع): (يعتقه).

(3) في (ع): (ولا اختلاف).

(4) في (ع): (وهي القطاعة)، والقطاعة -بفتح القاف، وكسرُها أفصحُ-؛ وهي اسم مصدر لـ«قاطع»، والمصدر «المقاطعة»، سُمِّيَت به لأنَّه قطع طلب سيده عنه بما أعطاه، أو قطع له لتمام حريته بذلك، أو قطع بعض ما كان له عنده. [«شرح الزرقاني على مختصر خليل» (8/ 277)]

(5) «شرح مختصر الطحاوي» (8/ 340).

(6) «الأم» (9/ 374)، «الحاوي الكبير» (18/ 146).

وهل تجوز على نجم واحد، أو أقلُّ ما تجوز عليه نجمان؟ يختلفون فيه[1].

والذي يدُلُّ على جواز ذلك: قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور:33]؛ فأطلق ولَمْ يقيِّد مكاتَبة مِنْ مكاتَبة، فظاهره يفيد إباحة الكتابة الحالَّة والمنجَّمة.

فإنْ قيل: لسنا نسلِّم أنَّ الكتابة الحالَّةَ أو المؤجَّلَةَ على نجم واحد تُسمَّى كتابة، لا في اللغة ولا في الشريعة، فثبِّتوا[2] ذلك ليصح لكم الاستدلال.

قيل له: إنَّ أهل اللسان قد عرَّفوا مكاتَبة السيد لعبده ما هي، [فإنهم][3] قالوا: «إنَّ قوله له[4]: «قد كاتبتك على كذا، فإذا أدَّيتَه [إليَّ][5] فأنت حرٌّ» مكاتبة مِنْه له» مِن غير أنْ يشترطوا في ذلك [أجلا][6] أو[7] تنجيما.

و[مَنْ][8] مَنَعَ أنْ تكون الكتابة على نجم واحد كتابة؛ فسبيلُه سبيلُ مَنْ مَنَعَ ذلك في النَّجمين والثَّلاثة، وادَّعى أنَّها لا تكون إلَّا فيما زاد على هذا المقدار؛ وهذا فاسد.

---

(1) قال الماوردي في «الحاوي الكبير» (18/ 149): «فإذا تقرر أنَّ الأجل في الكتابة شرط؛ فأقل ما تصح الكتابة إليه نجمان، وإنْ كاتبه على نجم واحد لَمْ تصحَّ».

(2) في (ع): (فبينوا).

(3) في (خ)، (ع): (فإن)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(4) في (ع): (قولك).

(5) زيادة مِن (ع).

(6) زيادة مِن (ع).

(7) في (ع): (و).

(8) زيادة مِن (ع).

فإنْ قيل: إنَّ الكتابة المذكورة في الآية المكاتبةُ الشرعيَّةُ دون اللغوية، ولسنا نسلِّم ذلك في الشريعة على ما قلتم.

قيل له: إنَّ الأصل في الخطاب إذا صدر عن الله -تبارك وتعالى- أو عن النَّبي ﷺ أنْ يُحمل على [مقتضاه][1] في اللغة [و][2]موضوعِه في اللسان، إلَّا أنْ يقوم دليل [و/ 381] شرعي على زيادة شرط فيه، أو اعتبار معنى آخر لَمْ يشترطه أهل اللغة، فإنْ دَلَّ على ذلك دليل صرنا إليه، وإلَّا فنحن متمسكون باللسان[3].

وإذا كان كذلك؛ كانوا هم المدَّعون نقل[4] الكتابة عن اسمها في اللغة إلى أمر آخر هم محتاجون إلى إقامة الدلالة[5] عليه.

فإنْ قيل: إنَّ حقيقة الكتابة في اللغة هي الخط وتنظيم الحروف بالقلم، وتسميتهم مقاطعة السيد لعبده على مال يأخذه عوضا مِنْ عتقه بأنَّها كتابة مجاز واتساع، فلا يستعمل إلَّا حيث يدُلُّ عليه الدليل.

وإذا كان كذلك، وكان الدليل قد دَلَّ على أنَّ المؤجَّلَةَ[6] مرادةٌ بالآية، ولَمْ يدُلَّ على ذلك[7] في المعجَّلَة؛ وجب ألَّا يُسمَّى بذلك إلَّا بدليل.

---

(1) في (خ) ما صورته: (مقتضا)، والمثبت من (ع).

(2) زيادة من (ع).

(3) في (ع): (بموجب اللسان).

(4) في (ع): (المدعين لنقل).

(5) في (ع): (الدليل).

(6) في (ع): (المؤجل).

(7) في (ع): (تلك).

قيل له: إنَّ الكتابة على المال معروفة عندهم في الجاهلية والإسلام، وقد كانت العرب تفعلها في الجاهلية وتسميها كتابة، والظاهر يفيد أنَّ ذلك حقيقة فيها، فلا تُقبل دعوى المجاز إلَّا بدليل؛ لأنَّه ليس يمتنع[1] أنْ يكون إطلاق اسم الكتابة مشترطا في الخط وفي كتابة السيد لعبده، هذا ما لا يمنع[2] مِنْه شيء، وظاهر[3] الاستعمال يفيد الحقيقة، فبطل [بذلك] ما ادعوه.

على أنَّا لو سلمنا أنَّه مجاز؛ لَمْ يجب ما قالوه[4]، لأنَّه إذا عدل [بها][5] عن حقيقتها التي هي الخط إلى أنَّها مجاز قد عُرف وجهه[6]، وهو القِطاعة على المال، ولَمْ يُقيد ذلك بشرط ولا صفة، اقتضى[7] ظاهرُه جوازَه على أيِّ وجه كان وإنْ كان اللفظ مجازا؛ لأنَّه ليس كُلُّ مجاز يُقتصر به على أقل ما يدخل تحته، فيلزمه[8] ما له ظاهر يحمل عليه أبدا ما لَمْ يمنع مِنْه دليل.

فإنْ قيل: لَمَّا سمَّى الله تعالى المكاتبة[9] على المال كتابة، ولَمْ يسمِّها عتقا ولا تحريرا ولا بيعا؛ عَلِمْنا أنَّ ذلك لمعنى متعلق بالكتابة يختص[10] بها في

(1) في (ع): (يمنع).
(2) في (ع): (يمتنع).
(3) في (ع): (فظاهر).
(4) في (ع): (قالوا).
(5) في (خ): (بنا)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق.
(6) في (ع): (في وجهه).
(7) في (ع): (ولا بصفة فاقتضى).
(8) في (ع): (بل مِنْه).
(9) في (ع): (الكتابة).
(10) في (ع): (مختص).

الغالب، وهو التأجيل، وإلَّا كانت في معنَى غيرِها مِمَّا ذكرناه.

قيل: هذا إثبات لغة باستدلال، وهذا فاسد لِمَا قدمناه.

على أنَّنَا نعطي التسمية فائدتها، ونثبت لها معنًى يخصُّها يفرق بَيْنَهَا وبَيْنَ سائر ما ذكر معها؛ ولا يجب أنْ يكون ذلك المعنى هو التنجيم والتأجيل.

يُبَيِّنُ ذلك: أنَّ العتق على مال يتضمن تعجيل الحرية وتأخير المال، وليس ذلك حكمَ الكتابة؛ لأنَّها تتضمن الحرية عقيب أداء المال المشترط بالعقد، وتتضمن حصولَ العبد في يد نفسه وتصرفَه في وجه مكاسبه، وكذلك التحرير وابتداء العتاق مِنْ غير تقدم عقد مِنْ عقود العتق فيه.

ودليل آخر في أصل المسألة: فهو ما رويناه عن النبي ﷺ أنَّه قال: «المكاتَب عبد ما بقي عليه مِنْ كتابته درهم»[1]، وقوله -عليه السلام-: «أيُّما عبد كاتب على مائة أوقية فأدَّاها إلَّا عشرة أواق فهو عبد، وأيُّما عبدٍ كاتب على مائة دينار فأدَّاها إلَّا عشرة دنانير فهو عبد»[2]؛ وظاهر ذلك يفيد الحالَّ والمؤجَّل.

وأيضا فإنَّ الكتابة عقدٌ بعِوَض؛ فوجب جوازها مع تعجيل العِوض، أصله: بيع العبد مِنْ نفسه.

وذلك أنَّ السيِّد إذا قال لعبده: «بعتُك مِن نفسك بألف درهم»، فقال له العبد: «قد فعلت»، فإنَّ هذا جائز، سواء كان الألْفُ مؤجَّلة أو معجَّلة؛

---

(1) تقدم تخريجه (ص: 500).

(2) تقدم تخريجه (ص: 503).

وكذلك الكتابة.

وأيضا فلأنَّه عقدٌ لا يفتقر في صحَّته إلى تقديم أحد البدلَيْن في حال العقد؛ فجاز العوض حالًّا ومؤجَّلًا، اعتبارا ببيوع الأعيان، ولا يلزم عليه السَّلَم؛ لأنَّه يفتقر إلى تقديم أحد البدلَيْن.

وأيضا فلأنَّ النَّجم الثالث [و/382] والرابع ليس شرط[1] في عقد الكتابة، وكذلك النَّجمان، والعلة في ذلك أنَّه أجل داخل في عقد الكتابة.

وأيضا فلأنَّه عقد على مال تتعلق به حرية تُستَحَقُّ بعقد الكتابة، فأشبه العقد المُنَجَّمَ.

واستدَلَّ أصحاب الشافعي: بما رُوي: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن الغرر»[2]؛ وعقدُ الكتابة فيه غرر مِنْ وجهين:

أحدهما: أنَّه متردد بَيْنَ جائزين؛ فهو غرر.

والآخر: أنَّه عقد فيه خيار، والخيار في العقود غرر.

فلو تركنا ظاهر النهي لمنعنا ذلك جملة، ولكنَّ الدلالة قامت على جواز نوع مِنْها، فسلَّمناه للدليل، و[بقي][3] ما عداه.

فالجواب على هذا أحد جوابين:

إمَّا أنْ نقول: إنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، والكتابة ليست ببيع، ولا

---

(1) كذا في (ع).

(2) رواه مسلم (1513)، وفيه: «بيع الغرر».

(3) في (ع): (وهي)، والمثبت أليق بالسياق.

يطلق عليها اسم البيع؛ فلَمْ يتناولها النهي.

أو نقول: إنَّ جهة الكتابة مستثناة مِن الغرر بما قدمناه.

وكذلك يَستدِلُّ: بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾[البقرة:188].

فجوابنا عنه: أنَّه قد استثنى التجارة عن تراض؛ فخَرَجَ الكتابة مِنْ هذا.

واستدلَّ بعضهم: بقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ۖ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾[النور:33]، فأفاد هذا الظاهر شيئين:

أحدهما: الكتابة.

والآخر: [الإيتاء][1].

وذلك يوجب انفصال زمانَيْهما.

فالجواب أنْ نقول: قوله: ﴿وَءَاتُوهُم﴾ خطابٌ لكافَّةِ المكلَّفين المُمَكَّنين مِنْ معونة المكاتَبين، بأنْ يعينوهم ويَرْفِدُوهم، وليس بمقصور على السَّادة، فلو ثبت أنَّه مقصور على السَّادة لَمْ يمنع أنْ يقول السيد: «قد كاتبتك على ألف درهم حالَّة، فإذا جئتني بها حططت عنك ربعها أو جزءا منها»، فأيُّ ضرورة إلى اشتراط الأجل فيه.

فإنْ قيل: ليس يخلو الإيتاء مِنْ أحد أمرين: إمَّا أنْ يكون قَبْلَ العقد أو بعده.

فإنْ كان قَبْلَه؛ فليس ذلك بائنًا مِن الكتابة دون نوع مِن الكتابة.

وإنْ كان بعده؛ فقد عُتق المكاتَبُ، ولا فائدة فيه؛ لأنَّ الحطيطة إنَّما تراد

(1) في (ع): (الابتداء)، والمثبت أليق بالسياق.

ليستعين بها على أداء مال الكتابة.

قلنا: إنَّ أصل الإيتاء عندنا غير واجب، وإنَّما هو ندب، وليس يمتنع أنْ يكون في نوع مِن الكتابة دون نوع، وهو المؤجَّل دون الحالِّ.

فليس معهم إجماع في أنَّ الإيتاء عام في كُلِّ أنواع [الكتابة](1).

على أنَّ الحطيطة تكون بعد العقد وحال الأداء؛ فسقط ما قالوه.

سؤال آخر وجوابه:

قالوا: ونكتة المسألة هي أنَّها معاوضة وقعت على صفةٍ يتعذر معها المقصود بالمعاوضة غالبا؛ فوجب أنْ لا تصحَّ؛ أصله: إذا قال: «بعتك هذه السلعة على أنْ لا أسلِّمها إليك»، وإذا أسْلَمَ في شيء إلى مدة [يَعلَم](2) أنَّه لا يوجد فيها، وإذا نكح امرأة لا يجوز له وطؤها.

وذلك أنَّ المقصودَ بالعقد مِن السَّلَمِ قبضُ المُسْلَمُ فيه وحصوله، فإذا تعلَّق الأجل بوقت لا يوجد فيه فقد وقع العقد على صفة يتعذر معها المعنى المقصودُ بالعقد؛ فلَمْ يجز.

وكذلك المقصودُ مِنْ بيع الأعيان التسليمُ، فإذا شرط ألَّا يُسَلِّم المبيعَ فقد شرط منع [المعنى](3) المقصود بالعقد؛ فلَمْ يصحَّ.

وكذلك النِّكاح، المقصود مِنْه الاستمتاع، وإذا لَمْ يحصل؛ لَمْ يصحَّ.

كذلك الكتابة، لَمَّا كان المقصود مِنْها العتق، وكان وقوعها حالَّةً يتعذَّر

---

(1) في (ع): (الكتاب)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (خ): (فعلم)، والمثبت من (ع).

(3) زيادة مِن (ع).

معها هذا المقصود في الغالب وجب منعه، وذلك أنَّ العبد قَبْلَ عقد الكتابة جميعُ ما في يده[1] للسيد؛ لأنَّه لا يملك شيئا، فإذا عقد معه الكتابة[2] فهو لا يملك شيئا حال[3] العقد، وإنَّما يؤدِّي ممَّا يَستأنف كسبَه، وإذا [و/383] وقعت الكتابة حالَّة كان للسيد أنْ يطالبه بما عليه في الحال[4]، وهو لا يقدر عليه في تلك الحال، فيعجز عنه، فيبطل المقصود بالعقد، وهو العتق، لأنَّه بالعجز يرقُّ [فلا يعتق][5]، فإذا كان كذلك؛ وجب منع الكتابة الحالَّة.

واعلم أنَّ هذا عندهم [أقوى][6] ما يوردونه مِن الأسولة، وعليه يعتمدون في نصرة المسألة، ولكنَّه لا يطَّرد على أصولنا، فلا نسلم لهم الاستدلال به علينا؛ لأنَّه مبني على أنَّ العبد لا يملك، وهذا باطل عندنا؛ لأنَّ العبد يملك على قولنا، [فإذا لَمْ ينتزع سيده ماله حتى كاتبه كتابة حالَّة ولم][7] يشترط عليه؛ فليس له انتزاعه منه، وهو على ما ملكه[8]، فإذا طالبه سيده بما كاتبه عليه أداه إليه، ولا يكون للسيد انتزاعه مِنْه بعد الكتابة، فلا يؤدي حينئذ إلى بطلان المقصود وتعذره.

---

(1) في (ع): (يديه).

(2) في (ع): (عقد الكتابة).

(3) في (ع): (في حال).

(4) في (ع): (في الحال بما عليه).

(5) زيادة من (ع).

(6) زيادة من (ع).

(7) في (خ): (إذا لَمْ ينتزعه سيده حتى كاتبه كتابة حالَّة فلَمْ يشترط عليه)، والمثبت من (ع).

(8) في (ع): (على ملكه).

وإذا كان كذلك؛ بطل ما قالوه مِنْ أوَّل وهلة، إلَّا أنْ يُنقل الكلام إلى مسألة ملك العبد فيخرج عن مسألتنا.

وقد أجاب أصحابنا عنه: بأنَّه مُنتقِض[1] بمَنْ باع مِنْ مفلس سلعة بثمن حالٍّ، فإنَّ هذا العقد يمنع المقصود؛ وهو قبض الثمن، ومع ذلك فالبيع جائز.

وانفصلوا عن هذا بأنْ قالوا[2]: [إنَّه][3] لا يتعذر في هذا الموضع المقصود بالعقد؛ لأنَّه يجوز أنْ يُظهر أنَّه مفلس، وهو في الباطن على غنى[4]، أو قد ورث مالا وهو لا يعلم؛ فإنَّما يُعلم الفقر والفلس بالظاهر دون الباطن.

وليس كذلك العبد؛ لأنَّه لا ملك له وقت العقد، لا في الظاهر ولا في الباطن، فيتعذر لا محالة معه المقصود بالعقد.

وهذا ليس بانفصال عمَّا لزمهم مِن السؤال، وذلك أنَّ هذا المظنون الذي ذكروه؛ لو فرضنا عدمه، وحصل لنا [مِنْ][5] طريقٍ ثبوتُ[6] العلم بعُدمه[7] وفقره؛ لكان البيع جائزا، وإنْ[8] قطعنا على تعذر المقصود بالعقد؛ فبان أنَّ

(1) في (ع): (أصحابنا بأنه يُنقَض).

(2) في (ع): (فقالوا:).

(3) في (خ): (لأنه)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

(4) في (ع): (أو في الباطن ملي).

(5) زيادة من (ع).

(6) في (ع): (ثبوته).

(7) في (ع): (بفلسه).

(8) في (ع): (أو إن).

هذا التحريرَ[1] غيرُ مؤثر.

ثُمَّ مِثْلُه ممكن في العبد؛ لأنَّه قد يجوز أنْ يتفق له في الحالِّ ما يتفق له في المُؤجَّل، مثل أنْ يكون قد [قرر][2] مع إنسان قَبْلَ العقد أنْ يهب له قدر ما يكاتب عليه، أو يتصدق به عليه، أو [يقترض][3] مِنْه أو يُسْلِم في ذمته، أو ما أشبه ذلك، وإذا أمكن هذا؛ بطل ما ظنوا انفصالهم به.

وقد نقضه أصحابنا أيضا بمَنْ كاتب عبده على نجمين، وهما يومان أو ساعتان على ما يعلم أنَّه لا يكسب مثلَه ولا بعضَه في تلك المدة ولا في أضعافها، نحو أنْ يكاتبه [على نجمين][4] على[5] يومين [قسط][6] كُلُّ نجم ألف دينار أو ألفا دينار، فإنَّا نعلم أنَّه لا يتمكن أنْ يكسب[7] هذا المقدار في يوم ولا يومين[8]، ولا ساعة ولا ساعتين، [فيتعذر][9] المقصود بالعقد، ومع ذلك فهو جائز.

(1) في (ع): (التجويز).

(2) في (خ) ما صورته: (افرد)، والمثبت مِن (ع).

(3) في (خ): (يقرض)، والمثبت مِن (ع).

(4) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(5) في (ع): (في).

(6) في (خ): (فسقط)، والمثبت من (ع).

(7) في (ع): (يكتسب).

(8) في (ع): (في يومين).

(9) في (خ): (فيتعلق)، والمثبت مِن (ع).

فقالوا: قد يمكنه أنْ يفرغ وسعه في[1] الاجتهاد، ويستنفد طوقه[2] في الطلب والارتياد والاستقراض والاستعانة[3] والتصرف في الحيلة ليؤديَ ما كوتب عليه في ذلك المقدار مِن المهلة ومدة النَّظِرة، ومثل هذا غير ممكن في الكتابة الحالَّة؛ لأنَّ المطالبة عقيب عقد الكتابة مِنْ غير تراخ ولا مهلة.

والجواب: أنَّ هذا تعسف شديد أخرجهم إليه تكلف النصرة لِمَا [تعوز][4] نصرته، ألَا ترون[5] أنَّ في العادة [تعذرَ][6] ما ذكروه مع استفراغ الوسع وبذل الجهد، وإنْ التزموا هذا ألزمناهم ما هو أكثر[7] مِنْه مِمَّا يُعلم بضرورة العادة أنَّه لا يتمكن مِنْ أدائه في مائة نجم فضلا عن نجمين، فبان بذلك أنَّهم اعتمدوا على غير معتمد.

على أنَّ هذا أيضا ممكن في الكتابة الحالَّة؛ أنْ[8] يكون العبد قد ارتاد لنفسه مَنْ يقرضه ووثق به منه، فإذا طالبه السيد [بادر][9] بأدائه.

---

(1) في (ع): (من).

(2) في (ع) ما صورته: (طوية).

(3) في (ع): (الاستدانة).

(4) في (خ): (تقوم)، والمثبت من (ع).

(5) في (ع): (ترى).

(6) في (خ): (تقرر)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

(7) في (ع): (أكبر).

(8) في (ع): (بأن).

(9) زيادة من (ع).

على أنَّه لو لَمْ يمكن ذلك في حال[1] العقد جاز أنْ يؤخر اليومَ [و/384] واليومين، ولَمْ يعجل بتعجيزه ساعةَ مطالبته، كما نفعل[2] في مَنْ تأَخَّر عليه نجم مِنْ نجومه، أنَّا نؤخره اليومَ واليومين ونتلوَّم عليه، وإذا ثبت ذلك؛ بطل ما قالوه، وبالله التوفيق.

قال أبو حامد الإِسْفَرَايِنِيّ -رحمه الله-: حَكَى عن الأَوْدني[3] بعضُ أصحابه[4] أنَّه اعتل بأنْ قال:

لأَنَّه عقد يُفْضَى إلى فسخه؛ فوجب أَلَّا يصحَّ.

ومعنى إفضائه إلى الفسخ[5] هو ما ذكروه مِنْ أنَّ السيد يطالبه عقيب العقد مِنْ غير مهلة لاكتساب مال واستدانته[6]؛ فيُؤَدِّي ذلك إلى عجزه وبطلان عِتقه.

وهذا هو الاستدلال الأَوَّل بعينه، وقد أجبنا عنه بما يغني عن تكراره.

قالوا: واستدَلَّ ابنُ سُرَيجٍ[7] بأنْ قال:

(1) في (ع): (يكن ذلك حال).

(2) في (ع): (يفعله).

(3) محمد بن عبد الله بن بصير بن ورقة الإمام أبو بكر الأودني، كان شيخ الشافعية بما وراء النهر، توفي ببخارى في ربيع الآخر سنة (385 هـ). [«طبقات الشافعيين» (1/ 293)]

(4) في (ع): (عن بعض أصحابهم).

(5) في (ع): (ومعنى: «إفضاؤه إلى الفسخ»)؛ على الحكاية.

(6) في (ع): (أو استيدانه).

(7) أحمد بن عمر بن سريج القاضي، أبو العباس ابن سريج البغدادي، حامل لواء الشافعية في زمانه، وناشر مذهب الشافعي، توفي سنة (303 هـ). [«طبقات الشافعيين» (1/ 185)]

إنَّ هذه العقود إنَّما اختلفت أسماؤها لاختلاف معانيها:

فسُمِّيَ «السَّلم» سَلَمًا؛ لتسليم رأس المال.

و«الصرف» صرفا؛ للافتقار فيه إلى تسليم العوضين في المجلس.

وقيل: «بيع» و«كتابة»، ولَمْ يُقل للكتابة: بيع، فوجب أنْ يختلفا في المعنى، ولا معنى يختلفان فيه إلَّا الأجل إذا كان شرطا[1] في الكتابة ولَمْ يكن شرطا في البيع.

فالجواب: أنَّا قد بَيَّنَّا اشتراك الحالِّ والمؤجل في هذه التسمية في اللغة، وبَيَّنَّا الفرق بَيْنَ الكتابة والبيع، وهو أنَّ البيع يقع الملك به بالعقد، وليس كذلك الكتابة؛ لأنَّ العتق لا يقع إلَّا بالأداء، وعلى[2] أنَّه لا يمتنع أنْ يكون سُمِّيَت بالأغلب مِنْ أمرها والأكثرِ مِمَّا جرت به العادة فيها، وإنْ كان وقوعُها حالَّة نادرا.

واستدَلُّوا: بأنَّ الشيء قد يُعبَّر عنه باسمه الأخص تارة، وببعض صفاته أخرى، وإذا سُمي ببعض صفاته كانت الصفة مِنْ شرطه.

كما سَمَّى الله تعالى الصلاة «قرآنا»، فقال: ﴿وَقُرْءَانَ ٱلْفَجْرِ﴾ [الإسراء: 78]؛ يعني: صلاة الصبح[3]؛ فكانت[4] القراءة مِنْ شرطها.

وسُمِّيَت «ركوعا» و«سجودا»؛ فكان ذلك شرطا فيها.

(1) في (ع): (شرط).

(2) في (ع): (أو على).

(3) في (ع): (الفجر).

(4) في (ع): (وكانت).

فكذلك سُمِّيَت أيضا كتابة؛ لأنَّ فيها أجلا يكتب، والأجل صفة في الكتابة؛ فيجب أنْ يكون مِنْ شرطها.

فيقال لهم: لِمَ زعمتم أنَّ الشيء إذا سُمِّي ببعض صفاته وجب أنْ تكون تلك الصفة مِنْ شرطه؟ وما أنكرتم أنَّه قد سُمِّيَ[1] بالصفة التي يقع عليها في الغالب، وإنْ جاز أنْ يفرد[2] عنه في النادر، وليس ذلك بجارٍ على علة يوجِب[3] اطرادها وجريها، وإنَّما هو على ما سُمع وعُرف.

وقد بَيَّنَّا تسمية الحالِّ والآجل بأنَّه كتابةٌ في اللغة بما أغنى عن إعادته؛ فبطل ما عَوَّلُوا عليه.

واستدَلُّوا بأنْ قالوا: إنَّه إجماع الصحابة، [وإنَّ][4] عثمان -رضي الله عنه- قال لعبده: «لأكاتبنك ولو على نجمين»[5]؛ [6] لأنَّ عثمان إنَّما قصد بذلك المشقَّة عليه، والتغليظ في شدة اقتضائه، ولا مخالف له.

ورُوي عن علي -رضي الله عنه- أنَّه قال: «الكتابة على نجمين»[7].

(1) في (ع): (يسمى).

(2) في (ع): (ينفرد).

(3) في (ع): (يجب).

(4) في (خ): (لأنَّ)، والمثبت من (ع).

(5) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (21623).

(6) في (خ) و(ع) أدرجت جملة: (وهذا الذي قالوه -لو صحَّ- لَمْ يحصل مِنْه إجماع)، والظاهر أنَّه انتقال بصر مِن الناسخ، وستُذكر العبارة في مكانها عند ردِّ الاعتراض.

(7) ذكره ابن قدامة في «المغني» (14/ 450) ولَم يسنده، وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (2/ 463): «لا أعرفه»، والمروي عنه كما في «مصنف ابن أبي شيبة» (21829): «إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤدِّ نجومه؛ رُدَّ إلى الرِّقِّ».

[و][1]هذا الذي قالوه -لو صحَّ- لَمْ يحصل مِنْه إجماع؛ لأنَّ عثمان إنَّما قصد[2] بذلك التقليلَ، ولَمْ يقصد [الإضرار][3]، و[لا أنَّ][4] الكتابة الحالَّة لا تجوز.

ولو ثبت أنَّ ذلك مذهبُه، فإذا لَمْ ينتشر ويظهر وتتفرق القصةُ ويعرف أنَّ هناك مخالفا[5]؛ لَمْ يكن إجماعا ولا في حكم الإجماع، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا قوله: (فإنْ عجز صار رقيقا)، فلأنَّ العتق إنَّما يحصل بحصول الأداء، فإذا ثبت عجزه؛ انفسخ العقد، وإذا انفسخ عاد إلى حكم الرِّقِّ، وإذا صار رقيقا لعجزه حلَّ للسيد ما أخذ مِنْه؛ لأنَّه مال عبده، وله انتزاعه مِنْ يده[6].

وإنَّما كان يمنعه مِنْه لزوم عقد الكتابة، فإذا انفسخ العقد سقط منعه.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يُعَجِّزُه إلَّا السُّلطانُ بعدَ التَّلَوُّمِ إذا امْتَنَعَ مِن التَّعْجِيزِ).

---

(1) زيادة مِن (ع).

(2) في (ع): (لم يقصد).

(3) في (خ) ما صورته: (الاضرا)، والمثبت مِن (ع).

(4) في (خ) و(ع) ما صورته: (لان): والمثبت أليق بالسياق.

(5) في (ع): (مخالف).

(6) نقل هذه الفقرة عن المصنف صالح الهسكوري في «شرح الرسالة» [72/ ب-أزهرية].

قال القاضي -رحمه الله-:

لا تخلو [و/ 385] هذه المسألة مِنْ أقسام:

إمَّا أنْ يطلب العبد التعجيز ويأبى عليه السيد، فينظر:

فإنْ كان ذا مال وقوة على الأداء فليس له تعجيز نفسه مع إباء السيد لذلك، لا يختلف المذهب في ذلك.

فإنْ أجابه السيد إليه وتراضيا عليه؛ فلا يخلو أنْ يكون للعبد ولد معه في الكتابة أو لا ولد له:

فإنْ كان له ولد؛ فليس له ولا للسيد ذلك.

وإنْ لَمْ يكن له ولد؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنَّ التعجيز جائز، وينفسخ العقد.

والأخرى: أنَّه لا يجوز.

هذا إذا كان له مال.

فأمَّا إنْ[1] رام تعجيز نفسه ولا مال له ظاهر؛ [فله ذلك، ولا][2] يحتاج فيه إلى سلطان؛ رضي السيد أم كره، هذا إذا رام العبد تعجيز نفسه.

فأمَّا إنْ رام السيد ذلك؛ فلا يخلو:

أنْ يجيبه العبد.

أو يأبى عليه.

---

(1) في (ع): (فإنْ).

(2) في (خ): (وله ولد فلا)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

فإنْ أبى عليه؛ فلا يخلو:

أنْ يكون له مال وقوة على الأداء.

أو أنْ يكون لا مال له.

فإنْ كان له مال؛ فليس للسيد تعجيزُه.

وإنْ كان لا مال له؛ فله تعجيزه، إلَّا أنَّه يحتاج فيه إلى السلطان، فيتلوَّمُ له، ثُمَّ يُعجِّزُه[1]، وهي مسألة الكتاب، هذا إذا أبى عليه العبد.

وإنْ أجابه إلى ذلك واتفقا عليه؛ فقد ذكرنا الخلاف فيه.

فصل:

أمَّا إذا طلب العبُد تَعْجيزَ نفسِه وامْتنَعَ عليه السَّيدُ، وله قدرة على الأداء؛ فليس له ذلك، وهو [قول][2] أبي حنيفة[3].

وقال الشافعي: له أنْ يعجِّز نفسه أيَّ وقت شاء[4].

والذي يدُلُّ على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]؛ وهذا ينتظم السيد والعبد.

ولأنَّ الكتابة عقد يتضمن تسميةَ [العِوَضِ][5]، والعبدُ إذا رضي به والتزمه

---

(1) في (ع): (ويعجزه).

(2) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(3) «عيون المسائل» للسمرقندي (ص: 190).

(4) «الأم» (9/ 426).

(5) في (خ): (القرض)، والجملة ساقطة في (ع)، والمثبت من «الإشراف» (5/ 140) و«المعونة» (3/ 1475).

لَمْ يكن له أنْ يرجع عنه مِنْ غير عُذْرٍ؛ كسائر العقود.

ولأنَّه لَمَّا لَمْ يكن للسيد الرجوع، لأنَّ في ذلك إسقاطَ حق [العبد][1] في عقد قد ثبت بتراضيهما واجتماعهما عليه؛ فكذلك العبد.

ولأنَّ العبد هو المعقود على رقبته، فإذا لَمْ يَجُزْ لسيِّده أنْ يرجع؛ فالعبد بذلك أولى.

ولأنَّ الكتابة عقد معاوضة، فإذا تعلَّق الاستحقاق في إحدى الجهتين على وجه لا يمكنه إلحاق الضَّرر بالآخر؛ تعلق بالآخر؛ كالبيع.

فإنْ قيل: لَمَّا كان المغلَّب[2] في الكتابة حقُّ العبد لَمْ يكن العقد[3] لازما في حقِّه؛ كالنِّكاح في حقِّ الزوج.

قيل له: لا نسلم هذا على الإطلاق؛ لأنَّه قد تعلق بهما حقُّ الله تعالى، وهو حرمة العتق، وكذلك حقُّ السيد، وعلى أنَّ [تغليب][4] أحد الحقين لا يفيد سقوط الآخر مِن غير عذر.

فأمَّا النِّكاح؛ فإنَّ الزوج لا يملك إسقاط حقِّ زوجته مِن المهر؛ لأنَّه إنْ طلَّق بعد الدخول لزمه[5] جميع المهر، وإنْ طلَّق قبله؛ عاد البُضع إليها كما

---

(1) في (خ): (العقد)، والمثبت مِن (ع).

(2) في (ع): (الغالب).

(3) في (ع): (العبد).

(4) في (خ): (تغليط)، والمثبت مِن (ع).

(5) في (ع): (يلزمه).

كان ونصف المهر إنْ كان قد سُمِّي، وإنَّما يملك[1] إسقاط حقِّ نفسه بإيقاع الطلاق، لا المُستحَقَّ عليه.

وفي الكتابة؛ ففي تعجيز العبد [نفسَه][2] يقتضي إسقاطَ حقِّ السيد مِن العقد الذي تراضيا عليه و[هو][3] العوض؛ فليس له ذلك.

ولا يجوز اعتبار ذلك بيمينه [بدخول][4] الدار؛ لأنَّ العتق في هذا الموضع حقٌّ له خاصة بفعله؛ فله تركه، وفي الكتابة؛ العتق حقٌّ له بمال عليه؛ فليس له إسقاطه إلَّا بعذر.

فصل:

فإنْ أجابه السيد إلى ذلك وتراضيا عليه فقد قلنا[5] إنَّه:

إنْ كان للعبد ولد؛ فليس [لهما ذلك؛ لأنَّه قد] تعلق بهذا [العقد][6] حقٌّ لغيرهما، وهو الولد الذي يُعتق بالكتابة إذا أُدِّيَتْ، فإذا عَجَّزَ العبدُ نفسَه كان في ذلك إسقاطُ حقِّ الولد مِن العتق[7] ورَدُّه [و/ 386] إلى الرِّقِّ، وليس ذلك له؛ لأنَّ

---

(1) في (ع): (ملك).

(2) زيادة مِن (ع).

(3) في (خ) و(ع): (والعوض)؛ والمثبت أليق؛ لأنَّ حقَّ السيد هو العوض.

(4) طمس في مواطن مِن (خ)، والمثبت مِن (ع)، واكتفيت بوضعه بين معقوفين دون إشارة في الهامش.

(5) في (ع): (بيَّنَّا).

(6) في (خ): (العبد)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

(7) في (ع): (بالعتق).

الإنسان يملك مِنْ إسقاط حقِّ نفسه ما لا [يتعدَّاهُ] إلى إسقاط حقِّ غيره.

وإنْ لَمْ يكن له ولد؛ فوجه قوله: «إنَّ التعجيز جائز» هو أنَّ الحقَّ في عقد الكتابة لهما لا يتعداهما، فإذا رضيا بإسقاطه جاز، [كتَقايُلِ المتبايعين[1]، وإنَّما] الممنوع مِن ذلك أنْ يتعدَّى إلى إسقاط حقِّ غيرهما.

ووجه قوله: «إنَّه ليس لهما ذلك»؛ هو أنَّ الكتابة يتعلق بها ثلاثة حقوق:

حقٌّ للمتعاقدين.

وحقٌّ لله تعالى؛ [وهو] حرمة[2] العتق، فإذا رضيا بإسقاط حقهما لَمْ يسقط لذلك[3] حقُّ [الله[4] تعالى.

وأشْبَهَ] هذا مَنْ له شرك في عبد فيُعتِقُ نصيبَه، فيقول الشريك: «[لست أختار تقويم نصيبي]، وقد رضيت بالجناية على العبد بالعتق»، فلا يقبل مِنْه؛ لأنَّ في ذلك [إسقاط[5]] لحقِّ الله -[تعالى]- مِنْ تكميل الحرية؛ كذلك في هذا الموضع، والله أعلم.

فصل:

وإنَّما قلنا: إنَّ التعجيز جائز إذا رامَهُ العبد ولَمْ يكن له مال؛ لأنَّ[6] ذلك

---

(1) تَقايَلَ البَيِّعان: تَفاسَخا صَفْقَتَهُما، وعادَ المَبيعُ إِلَى مالكِه والثمنُ إِلَى المُشتَري إِذا كَانَ قد نَدِمَ أحدُهما أَو كِلاهما. [«تاج العروس» (30/ 306)]

(2) في (ع): (جهة).

(3) في (ع): (بذلك).

(4) في (ع): (لله)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) كذا في (ع).

(6) في (ع): (فلأن).

عذر، وهو أنَّ الأداء لا يمكنه، ولا يحتاج فيه إلى سلطان؛ لأنَّه ليس بموضع اجتهاد ولا [حُكْم فيفتقر] فيه إلى حاكم[1]؛ لأنَّ تكليفه السعي مع عدم القدرة على ذلك ووجود مال يؤدي مِنْه غير جائز ولا لازم، وإذا كان الأمر كذلك؛ ثبت ما قلناه.

فصل:

وإنَّما قلنا إنَّ السيد إذا رام تعجيز العبد وللعبد مال؛ فليس له ذلك: لأنَّ[2] عقد الكتابة قد تعلق به حقٌّ للعبد[3]، فليس للسيد فسخه عليه؛ لأنَّ الإنسان يملك مِنْ إسقاط حقِّه ما لا يؤدي إلى إسقاط حقِّ غيره.

ولأنَّه عقد معاوضة تراضى[4] به المتعاقدان؛ فلَمْ يملك أحدهما إسقاطه ولا فسخه على وجه يؤدي إلى إسقاط حقِّ غيره؛ أصله: البيع وغيره.

ولأنَّا إذا قلنا: إنَّه ليس له تعجيزه مع التراضي على ذلك -لأنَّ فيه إسقاطَ حقِّ الله- كان مع [عدم][5] التراضي أولى بأنْ لا يكون له.

فصل:

فأمَّا إذا رام السيد تعجيزه ولَمْ يكن للعبد مال؛ فله ذلك، لأنَّه إذا لَمْ يكن له مال لَمْ يلزم السيد الصبر عليه زيادة على ما جرت العادة؛ لأنَّه يقول: «إنَّ

---

(1) في (ع): (حَكَم).

(2) في (ع): (فلأن).

(3) في (ع): (العبد).

(4) في (ع): (تراضيا)، وهي لغة.

(5) زيادة مِن (ع).

عقد الكتابة قد مَنَعَنِي مِن استخدامه، ومِن الوطئ في المكاتبة، ومِنْ منافع الملك انتظارَ الأداء، فإذا لَمْ يكن أداءٌ فأريدُ أنْ أنتفع بملكي»، فيكون ذلك له، ولكن بعد التَّلَوُّمِ.

ولابُدَّ فيه مِنْ سلطان؛ لأنَّ العبد إذا أبى ذلك كان الفسخ هاهنا مُجتهَدا فيه، فافتقر إلى حكم حاكم[1].

مَسْألَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وكلُّ ذاتِ رَحِمٍ فوَلَدُها بمَنزِلَتِها مِن مُكاتَبَةٍ، أو مُدَبَّرَةٍ، أو مُعْتَقَةٍ إلى أجَلٍ، أو مَرْهُونَةٍ).

قال القاضي أبو محمد ابن نصر -رحمه الله-:

هذا[2] لِمَا ذكرناه في غير موضع أنَّ كُلَّ عقد ثبت للأمهات لا سبيل إلى حَلِّهِ؛ فإنَّه ثابت لولدها.

وأصل ذلك[3]: أنَّ الولد الحادث للأمَة المزوجة[4] بمنزلتها، فكان كذلك حكم كلِّ عقد إذا كانت حاملا أو حملت به بعده.

---

(1) في (ع): (الحاكم).

(2) في (ع): (وهذا).

(3) في (ع): (والأصل في ذلك).

(4) في (ع): (المتزوجة).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ووَلَدُ أمِّ الوَلَدِ مِن غيرِ السَّيِّدِ بمَنزِلَتِها).

قال القاضي -رحمه الله-:

حُكي عن بعض التَّابعين: «أنَّهم يكونون أحرارا في الحال».

وعن عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنه- «[أنَّهم][1] رقيق لسيِّد الأُمِّ»[2].

والأصل في هذا ما قدمناه؛ مِنْ أنَّ كُلَّ ولد حدث عن عقد نكاح فإنَّه[3] تابع لأُمِّه في الحرية والرِّقِّ وما تعلق بهما، وكذلك مِن[4] الزنى؛ اعتبارا بالأمَة يتزوجها الحرُّ أو تزني، لا[5] خلاف أنَّ ولدها رقيق لسيدها؛ كذلك في مسألتنا.

ومَنْ ذهب إلى أنَّ الولد في هذا الموضع [و/387] يكون حُرًّا؛ اعتلَّ بأنَّ الاستيلاد قد كسبها الحرية، وإنَّما منعنا بتنجيز عتق الأم في الحال؛ لأنَّ ذلك يؤدِّي إلى أنْ يكون وطءُ السيد إيَّاها سببا للفرقة، ومِنْ جهته ثبتت الحرية، وهذا المعنى معدوم في الولد؛ فوجب عتقهم.

والجواب: أنَّ هذا اعتبار فاسد مِنْ قِبَلِ أنَّ الأُمَّ لَمْ يُكسبْها الاستيلاد إلَّا

(1) في (خ): (أنَّه)، والمثبت من (ع)، وهو أليق بالسياق.

(2) «الأوسط» لابن المنذر (8793) (8794).

(3) في (ع): (فهو).

(4) في (ع): (في).

(5) في (ع): (ولا).

عقد حرية يتنجز بموت السيد، ونحن لَمْ نمنع[1] بتنجيز الحرية إلَّا لأنَّ العقد لَمْ يوجبه.

فأمَّا الأولاد؛ فإنَّهم لحقوا بالأُمِّ على وجه [التبع][2]، فلا يجوز أنْ يكون حكمُهم في هذا أعلى مِنْ حكم أُمِّهم.

وأمَّا مَنْ قال: «إنَّهم يكونون رقيقا لسيد أمهم» فاعتلَّ بولد الأمَة.

قال: ولأنَّ حرمة الاستيلاد [تختص][3] بالأُمِّ ولا تتعداها، لأنَّه عقد مِن جهة الحكم.

والجواب: أنَّ اعتباره بولد الأمَة باطل؛ لأنَّ ولد الأمَة إنَّما كان رقيقا لثبوت الرِّقِّ على أُمِّه؛ فكان تابعا لها.

وقولهم: «إنَّ حرمة الاستيلاد تختص بالأم» غير صحيح؛ لأنَّه لا فرق بَيْنَ ذلك وبَيْنَ سائر عقود العتق في سراية الحرية إلى الولد، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومالُ العَبْدِ له إلَّا أنْ يَنْتَزِعَه السَّيِّدُ).

قال القاضي -رحمه الله-:

---

(1) في (ع): (ولم نحن لم نمنع)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (البيع)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (تخص)، والمثبت أليق بالسياق.

هذا لأنَّ العبد عندنا يملك على ما ذكرناه في كتاب البيوع ودَلَّلْنَا عليه[1]، وللسيد انتزاعُ مَالِه، وما لَمْ ينتزعه فهو على ملك العبد.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(فإنْ أعْتَقَه أو كاتَبَه أو دبَّره[2] ولَمْ يَسْتَثْنِ مَالَه؛ فليس له أنْ يَنتَزِعَه).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لقوله -عليه السلام-: «مَنْ أعتق عبدا وله مالٌ، تبعه مالُه، إلَّا أنْ يشترطه السيد»[3].

ولأنَّ مَالَه تابعٌ له، فإذا ملك رقبته ملك مَالَه.

ويفارق البيع؛ لأنَّه خروج مِنْ ملك إلى ملك، فلَمْ يملك المشتري إلَّا ما عاوض، والسيد إنَّما عاوض على الرقبة فقط؛ فلَمْ يتبعها غيرُها، وليس كذلك العتق؛ لأنَّه إزالة ملك لا إلى مالك.

والكتابة في هذا كالعتق؛ لأنَّه إزالة ملك لا إلى مالك، فلا فرق بَيْنَ أنْ

---

(1) ينظر ما تقدم (ص: 314).

(2) قوله: (أو دبره) ليس في متن «الرسالة»، ولَمْ يتعرَّض لها المصنف بالشرح.

(3) رواه أبو داود (3962) وابن ماجه (2529) مِن طريق ابن وهب عن ابن لهيعة والليث بن سعد عن عبيد الله بن أبي جعفر عن بكير بن الأشج عن نافع عن عبد الله بن عمر، قال أبو حاتم في «العلل» (1183): «هذا خطأ؛ إنَّما هو: «مَن باع عبدا، وله مال؛ فماله للبائع»»، والحديث في «صحيح البخاري» (2379) وغيره بلفظ: «من ابتاع عبدا وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع».

يكون بعوض أو بغير عوض[1].

فأمَّا الوصية برقبة العبد، فعن مالك -رحمه الله- فيه روايتان:

[إحداهما][2]: أنَّ مالَه يتبعه.

والأخرى: أنَّه للوصيِّ.

فإذا قلنا: يتبعه؛ فوجهه أنَّه إخراج ملك بغير عوض، فيتبعه مَالُه؛ كالعتق.

فإذا قلنا: لا يتبعه؛ فلأنَّه إزاله ملك إلى مالك، ولَمْ يتبعه مالُه إلَّا بشرط؛ كالبيع.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وليس له وَطْءُ مُكاتَبَتِه).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لمعنيين:

أحدهما: أنَّ الوطء لا [يتوقت][3] بأجل لابد أنْ يأتيَ، لا في النكاح ولا في ملك، والمكاتبَة عتقها معلَّق بأجل وهو النجوم، بدليل أنَّه لو علَّق عتقها بمجيء مال في غير أجل لجاز له وطؤها.

والمعنى الآخر: أنَّ عقد الكتابة لازم يتعلَّق به ثلاثة حقوق؛ حقٌّ لله وللعبد

---

(1) نقله عن المصنف الفاكهاني في «شرح الرسالة» (5/ 334)، وصالح الهسكوري في «شرح الرسالة» [74/ أ-أزهرية].

(2) في (ع): (أحدهما)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (يتوقف)، والمثبت من شرح الرسالة للهسكوري والفاكهاني.

وللسيد، فليس له أنْ يفعل ما يؤدِّي إلى فسخها، وإذا وطئها جاز أنْ تحمل مِنْه فتصير أمَّ ولد؛ فتفسخ الكتابة؛ لأنَّه ليس للسيد أنْ يكاتب أمَّ ولد، فلذلك مُنع مِنْ وطئها، والله أعلم[1].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وليس للمُكاتَبِ عِتْقٌ ولا إتْلَافُ مالِه حتى يُعْتَقَ).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ في ذلك ما يؤدِّي إلى [تعجيزه؛ وليس][2] له أنْ يفعل ذلك؛ لأنَّ فيه إضرار[3] بالسيد.

ولأنَّ الأصل أنَّ تصرُّف العبد لا يجوز في مَالِه إلَّا قدر ما أذن له السيد فيه، والسيد لَمْ يأذن له إلَّا في تنميته وتثميره[4]، دون إتلافه وإضاعته.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وَلا يَتَزوَّجُ [و/ 388] ولا يُسافرُ السَّفرَ البَعيدَ إلَّا[5] بإذْنِ سيِّدِه).

---

(1) نقله صالح الهسكوري في شرح الرسالة [73/ أ-أزهرية] والفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 334).

(2) في (ع): (تعجيز من ليس)، والمثبت بمعناه من شرح الرسالة لهسكوري [73/ ب-أزهرية].

(3) كذا في (ع).

(4) ثَمَّرَ الرجلُ مالَه، تَثْمِيرا: نَمَّاه وكَثَّرَه. [«تاج العروس» (10/ 334)]

(5) في نسخ الرسالة: (بغير إذن).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

أمَّا التزويج؛ فليس له إلَّا بإذن السيد؛ لأنَّه عبد، وأحكام الرِّق جارية عليه إلَّا قدر ما اقتضى له عقدُ الكتابة الإذنَ فيه، وذلك هو التصرف والتَّكَسُّب، ما يؤدِّي إلى تثمير المال، ويعينُ على الأداء، والتَّزويجُ ليس له[1] هذا المعنى، بل ضِدُّه، وهو إذهاب المال وإتلافه.

ولأنَّ في ذلك إضرارا بالسيد وبعقد الكتابة؛ لأنَّه يتشاغل بالزوجية عن التَّكَسُّب والتَّصَرُّف، وربما أدَّى إلى عجزه.

ولأنَّ ذلك يُلحِق به عيبا إنْ عجز؛ فللسيد منعه مِنْه.

فأمَّا السفر؛ فإنْ كان قريبا فليس للسيد منعه مِنْه؛ لأنَّ حكمَ القريب حكمُ الحضر؛ لأنَّ الإنسان لابُدَّ له في التَّكَسُّب والاحتيال مِنْ ضرب مِن الحركة والاتِّساع فيها، ولا يكاد يستغني عن السفر القريب.

فأمَّا البعيد؛ فله منعه مِنْه، شرط عليه أم لَمْ يشرط[2].

وذهب غيرُ مالك -رحمه الله- إلى جوازه إلَّا أنْ يشترط السَّيد عليه منعَه.

والذي يدُلُّ على ما قلناه: أنَّ في بَعيد[3] السفر تغريرا بنفسه وإضرارا بسيده؛ فوجب منعه.

ولأنَّ عقد الكتابة لا يقتضي السفر إلَّا باشتراط، وإنَّما يقتضي التكسب في

---

(1) في (ع): (فيه).

(2) في (ع): (شرط عليه ذلك أو لم يشترطه).

(3) في (ع): (بُعد).

البلد وما حكمُه حكمُ الحضر، فأمَّا ما عدا هذا[1] فهو على أصل المنع.

ولأنَّ الضرر الذي يلحق السيد بسفره أكثر مِمَّا يلحقه بتزويجه، فإذا لَمْ يكن[2] له أنْ يتزوج بغير إذنه؛ فالسفر أولى.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وما حَدَثَ للمُكاتَبِ والمُكاتَبَةِ مِن وَلدٍ دَخَلَ معهما[3] في الكِتابة وعَتَقَ بعِتْقِهما[4]).

قال القاضي -رحمه الله-:

أمَّا المُكاتِب؛ فإنَّه يطأ عندنا بالملك، وكُلُّ مَنْ وَطِئ بالملك وحدث[5] عنه ولد فإنَّه يكون تابعا لأبيه في الحرية والعبودية و[أحكامهما][6].

وأصل ذلك؛ الحرُّ يشتري أمَة فيُوَلِّدُها، فإنَّ ولدَه مِنْها[7] حُرٌّ، فكان هذا أصلا في كُلِّ ولد حادث عن وطءٍ بالملك.

---

(1) في (ع): (ما عداها).

(2) في (ع): (يمكن).

(3) في (ع): (معها).

(4) في (ع): (بعتقها).

(5) في (ع): (وكُلُّ وَطْءٍ بالملك حدث).

(6) في (خ): (أحكامها)، والمثبت مِن (ع).

(7) في (ع): (فإنَّ ولدَها مِنْه).

فأمَّا إنْ كان له ولد مِنْ عقد نكاحه[1]؛ فإنَّه لا يتبعه، ويكون تابعا للأَمَة[2] على ما ذكرناه.

وأمَّا المُكاتَبة؛ فولدها الحادث تابع لها إذا كان عن تزويج أو زنى، لِمَا قدَّمناه.

وللشافعي في ولد المُكاتَبة قولان؛ أحدهما أنَّه لا يدخل معها[3].

وقد بَيَّنَّا أنَّ كُلَّ حقٍّ استقرَّ في رقبة الأُمِّ فإنَّ الولد يتبعها فيه، [فالكتابة][4] مِنْ هذا القبيل؛ لأنَّها عقد على الرَّقبة بمال يثبت، فصار كالبيع.

ولأنَّه عقد حرية يتعلق بالرَّقبة، لا سبيل للسَّيد إلى حَلِّه؛ كالاستيلاد.

ولأنَّه عقد حرية يثبت[5] للأُمِّ يمنع مِنْ بيعها؛ فوجب أنْ يَسْرِيَ إلى ولدها، كالاستيلاد.

ولأنَّ الحرية متى حصلتْ للأُمِّ في[6] حال اتِّصال الولد بها سَرَتْ إلى الولد؛ فكذلك حَقُّها [للحادث][7] بعلَّة تساويهما في حقِّ الأُمِّ.

فإنْ قيل: إنَّ الحقَّ إنَّما أُوجِبَ[8] في الأُمِّ؛ فلا يجوز إيجابه في الولد.

---

(1) في (ع): (نكاح).

(2) في (ع): (لأُمِّه).

(3) «الحاوي الكبير» (6/ 210)، والقول الآخر أنَّ حكمه معتبر بحكم أمِّه في الحرية والرِّق.

(4) في (خ): (عن الكتابة)، والمثبت مِن (ع).

(5) في (ع): (ثبت).

(6) قوله: (في) ليست في (ع).

(7) في (خ) و(ع): (الثابت)، والمثبت أليق بالسياق.

(8) في (ع): (وجب).

[قيل له: يبطل بالاستيلاد.

فإنْ قيل: لا سبب لإزالة الملك مع بقاء الرَّقبة على ملكه؛ كالبيع المشروط فيه الخيارُ][1].

قيل له: لا نسلِّم ذلك في بيع الخيار، على خلاف بَيْنَ ابن القاسم وأشهب فيه.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وتَجوزُ كِتابَةُ الجَماعةِ، ولا يُعْتَقونَ إلَّا بأداء[2] الجَميعِ).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب -رحمه الله-:

أمَّا جواز الجمع بَيْنَ عِدَّة عبيد[3] في كتابة واحدة فهو قولنا وقول أبي حنيفة[4].

وللشافعي قولان:

أحدهما: جوازه[5].

والآخر: إنَّها كتابة فاسدة[6].

---

(1) سقط مِن (خ)، والمثبت مِن (ع).

(2) في (ع): (بإذن).

(3) في (ع): (جماعة أعبد).

(4) «الأصل» للشيباني (10/ 412-413).

(5) «الأم» (9/ 429).

(6) «الحاوي الكبير» (18/ 159).

واستدلوا لمنعه:

بأنَّ عقد الكتابة الواحدة للجماعة في معنى صفقات، والجهل بالبدل في [كُلِّ][1] صفقة يقتضي فسادها؛ أصله: لو قال: «كاتبتك [و/ 389] على قدر قيمتك».

ولأنَّ ثلاثة لو اشتروا مِنْ رجل ثلاثة أعبد له بثمن واحد، اشترى كُلُّ واحد عبدا بعينه؛ فإنَّ العقد فاسد، لأنَّ ما يخص كُلَّ واحد مِن العبيد[2] مِن الثمن مجهولٌ؛ كذلك في مسألتنا، ما يلزم كُلَّ واحد مِنْ قيمته مجهول.

ولأنَّه لو جمع بَيْنَ امرأتين في عقد بمهر واحد لَمْ يجز؛ للجهل بما يخص كُلَّ واحدة، كذلك[3] في الكتابة.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: 33]؛ فعَمَّ الإفراد والجمع.

ولأنَّه ألزم نفسه عتقهم بشرط أدائهم المال؛ فجاز ذلك، أصله: إذا أفردهم.

ولأنَّ البدل معلوم في الجملة، وإنَّما يجهل تقسيطه في الحال، وذلك لا يثلم[4] العقد، كما لو باع ثلاثة أعبد بألفٍ لجاز، وإنْ لَمْ يُعلم قسط كُلِّ واحد.

وقياسهم؛ غيرُ صحيح، لأنَّه ليس في معنى صفقات؛ لأنَّ حكمَ الجماعة حكمٌ واحد، بدليل أنَّه لا يعتق أحدهم دون الآخر.

---

(1) زيادة مِن (ع).

(2) في (ع): (لأنَّ كلَّ ما يخص كل واحد مِن العبد).

(3) في (ع): (فكذلك).

(4) في (ع): (يفسد).

وبناؤهم ذلك على أنَّ التقسيط يكون بقدر القيمة؛ باطل أيضا، لأنَّه يكون عندنا بقدر قوَّة كُلِّ واحد على الأداء، لا على القيمة، على أنَّه لو ابتدأ كتابة [عبده][1] على قدر قيمته لجاز عندنا، وكان له الوسط مِنْها.

وأمَّا البيع؛ فيجوز على ما ذكروه عندنا، إلَّا أنَّا نفرق في الجملة بَيْنَه وبَيْنَ الكتابة [بأنَّ العوض][2] مقصود فيه، فالجهل بمقداره يمنع العقد؛ لأنَّه مبنيٌّ على المغابنة والمكايسة، والكتابةُ[3] فالمقصودُ مِنْها العتق لا المتاجرة[4]؛ فلَمْ يكن الجهل بالعوض [في الحال][5] مانعًا مِن المقصود.

وأمَّا إذا جمع بَيْنَ امرأتين في صداق:

فابن دينار يجيزه[6]؛ فعلى هذا يسقط السؤال.

وابن القاسم يمنعه[7]؛ فالفرق على هذا بَيْنَه وبَيْنَ الكتابة[8] أنَّ حكم استباحة الفرج أغلظ أمرا مِن العتق، ولا سيما[9] في [العوض][10]؛ لأنَّه

(1) في (خ): (عبيده)، والمثبت مِن (ع)،وهو أنسب للسياق.

(2) زيادة مِن (ع).

(3) في (ع): (المكاتبة).

(4) في (ع): (المناجزة)؛ ولا وجه لها.

(5) زيادة من (ع).

(6) «الجامع لمسائل المدونة» (9/ 321)، وهو قول سحنون أيضا.

(7) «المدونة» (2/ 193).

(8) في (ع): (المكاتبة).

(9) في (ع): (وسيما).

(10) في (خ): (القرض)، والمثبت مِن (ع).

مُستحَقٌّ لحق الله تعالى، لا يجوز التَّراضي على إسقاطه، وكذلك مقداره مُستحَقٌّ لا يجوز [1] النقصان مِنْه، وفساده يوجب فساد العقد على إحدى الروايتين، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا قوله: (لا يعتقون إلَّا بأداء جميع المال[2])، فهذا قولنا وقول أبي حنيفة[3].

وقال الشافعي: مَنْ أدَّى[4] مِنْهم قدر نصيبه عتق، وبقي الآخر رقيقا[5].

قالوا: لأنَّه عقد معاوضة، فإذا أدَّى أحدهما ما لزمه بحق العقد لَمْ يتعلق به حصة شريكه؛ أصله: الشراء.

ولأنَّ كُلَّ واحد مِنْ العبدين قد لزمه النصف، فإذا أدَّاه فقد أدَّى جميع ما لزمه بعقد الكتابة؛ فوجب أنْ يُعتق، أصله: إذا انفرد.

ودليلنا: أنَّ عقد الكتابة وقع عقدًا واحدًا، وصفقةً واحدةً؛ فلَمْ ينفرد به بعض مَنِ اشتمل عليه العقد بأداء البعض، أصله: العبد الواحد، لَمَّا كان العقد عليه عقدا واحدا؛ كان إذا أدَّى البعض لَمْ يعتق مِنْه بقدر ما أدَّى.

---

(1) في (خ) زيادة: (في)، وحذفها أليق بالسياق كما في (ع).

(2) في (ع): (بإذن الجميع).

(3) «شرح مختصر الطحاوي» (8/ 379).

(4) في (ع): (أراد).

(5) «الأم» (9/ 393).

ولأنَّه عقدٌ جمعَ فيه بَيْنَ حريتهما؛ فلَمْ ينفرد أحدهما ببعض ما ذكر فيه، أصله إذا قال: «إنْ دخلتما هذه الدار فأنتما حُرَّان»؛ فدخلها أحدهما، على خلاف بَيْنَ أصحابنا في ذلك.

ولأنَّ أحدهما لو قَبِلَ العقدَ لَمْ يجز؛ لأنَّ السيد أوجبه لكليهما، فكان كالبائع إذا قال لرجلين: «قد بعت مِنْكما هذا[1] العبد»، فقال أحدهما: «قبلت جميعه»؛ أنَّ ذلك لا يلزم؛ لأنَّه قَبِلَ ما لَمْ يوجَب له، كذلك أحدُ العبدين إذا قَبِلَ جملة العقد؛ فيه إفراده بالعتق، والمالك أوجبه لهما معا.

وهذا المعنى موجود في مسألتنا.

[فأمَّا][2] في الشراء؛ فإنْ قلنا: إنَّه في حكم الصفقتين؛ فالقول[3] فيه وفي مسألتنا واحد.

وقولهم: «كُلُّ واحد قد لزمه النصف»؛ غير صحيح، لأنَّ كُلَّ واحد قد [و/390] لزمه بقدر قُوته على الأداء، إلَّا أنَّ هذا لو سلمناه لَمْ يحصل لهم مِنْه ما يريدونه؛ لأنَّ العقد إذا كان قد أُوجب لهما، صار عتقُ كُلِّ واحد مِنْهما مُعلَّقا بأداء جميع المال، فلا يحصل [بأداء][4] بعضه.

والله أعلم.

---

(1) في (ع): (هذه).

(2) في (خ): (قايما)، والمثبت مِن (ع).

(3) في (ع): (كالقول).

(4) في (خ): (أداء)، والمثبت مِن (ع).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(وإذا ماتَ وله ولدٌ قام مَقامَه، وأدَّى[1] مِنْ مالِه ما بَقِيَ عليه حالًّا، ووَرِث مَنْ معه مِنْ ولدِه ما بَقِيَ، وإنْ لَمْ يكُن في المال وفاءٌ؛ فإنَّ ولدَه يَسْعَوْن فيه، ويُؤدُّون نُجوما إنْ كانوا كبارا، وإنْ كانوا صغارا وليس في المال قَدْرُ النجومِ إلى بُلوغِهِمُ السَّعْيَ؛ رُقُّوا، وإنْ لم يكُن له ولدٌ معه في كتابتِه ورِثَه سيِّدُه).

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي -رحمه الله-:

اعلم أنَّ هذه المسائل مَبْنِيَّةٌ على أصل، وهو أنَّ عقد الكتابة لا يبطل بموت المُكاتَب إذا كان معه غيرُه في كتابته على شروط وأوصاف.

وهو قول أبي حنيفة[2].

وقال الشافعي: تبطل الكتابة بموته[3].

قالوا: لأنَّ الكتابة عقد جائز مِنْ جهة المُكاتَب، بدليل أنَّه إذا امتنع مِن الكسب لَمْ يُجبَر عليه، وإذا كان عقدا جائزا بطل بموته؛ كالشركة والوكالات.

ولأنَّها[4] عتق بصفة؛ فوجود الموت قَبْلَ الصفة يوجب بطلانه، أصله: موت المدبَّر وأمِّ الولد.

---

(1) في (ع): (وودَّى).

(2) «شرح مختصر الطحاوي» (8/ 379).

(3) ظاهر كلام الشافعي في «الأم» (9/ 372) أنَّ الكتابة لا تبطل بموت أحد المكاتبين.

(4) في (ع): (ولأنَّه).

ولأنَّ عقد الكتابة يتضمن وقوع عتقٍ بوجود الأداء، وهو شرط فيه، والشَّرط يبطل بموت مَنْ شُرط له، أصله: دخول الدار، وقدوم زيد؛ فثبت بهذه الجملة إثباتهم عبيدا[1].

ولأنَّه لَمَّا لَمْ يصحَّ ابتداء الكتابة بعد الموت لَمْ يصحَّ بقاؤها.

ودليلنا: هو أنَّ عقد الكتابة قد تضمن إلزام السَّيد نفسه عِتْقَ المُكاتَب وعِتْقَ ولده الدَّاخلين معه في العقد، أو المُشْتَرَطين بصفة أداء المال إليه، فإذا مات العبدُ وترك ولدا لَمْ يكن للسَّيد فَسْخُ ما ثبت مِن[2] العقد لولده، كما لَمْ يكن له فَسْخُ الكتابة على العبد نفسه؛ لأنَّ هؤلاء قد تعلَّق لهم مِنْ الحق بعقد الكتابة مثلُ ما تعلَّق للأب، ولَمْ يكن له أيضا فعل ما يُؤَدِّي إلى ذلك، وهو انتزاع المال مِنْهم كما لَمْ يكن له ذلك في أبيهم؛ لأنَّ عقد الكتابة عقد لازم مِن الجهتين أو مِنْ جهة السَّيد وحده.

وإذا ثبت ما قلناه؛ وجب سعيهم في الأداء، وثبت بقاء العقد وصِحَّتُه.

ولأنَّ العقد إذا كان ثابتا للولد كثبوته للأب؛ فليس في موت الأب أكثر مِنْ موت بعض مَنْ دخل في عقد الكتابة، وذلك لا يوجب فسخ العقد كما لو كاتب جماعة فمات واحد مِنْهم.

ولأنَّ عقد الكتابة لازم مِن الجهتين، أو مِنْ جهة السَّيد، فيجب ألَّا يبطل بموت أحدهما؛ أصله: البيع.

---

(1) في (ع): (أنَّه مات عبدا).

(2) في (ع): (في).

ولا يبطل به إذا لَمْ يترك وفاء؛ لأنَّ العقد حينئذ يبطل بالعجز[1]، كما لو عجز وهو حيٌّ.

ولأنَّ موت السيد لا يُبطل العقد؛ كذلك موت العبد، لأنَّه أحد المتعاقدين.

ولأنَّ كُلَّ عقد مِن العقود يسري إلى الولد فإنَّه لا يبطل بموت الأب أو الأُمِّ؛ أصله: التَّدبير والاستيلاد.

وإذا ثبت هذا؛ فقولهم: «إنَّ عقد الكتابة جائز[2] مِنْ جهة المُكاتَب» عنه جوابان:

أحدهما: أنَّه غير مسلَّم، بل هو لازم مِن الجهتين على أظهر الروايتين.

والثاني: أنَّا لو سلَّمنا ذلك؛ لكان الجواز إذا لَمْ [يتعلَّق][3] به حقُّ الغير -وهو الولد الذي يسري العقد إليه- كالجماعة إذا كوتبوا كتابة واحدة.

و[الشركة][4] والوكالات [لمَّا كان][5] مِمَّا يُنفرد بها[6]؛ فجاز أن تبطل بموته.

---

(1) في (ع): (بالحجر).

(2) في (ع): (جائزة).

(3) في (خ): (يتغير)، والمثبت مِن (ع).

(4) في (خ): (والشرك)، والمثبت مِن (ع).

(5) زيادة مِن (ع).

(6) في (ع): (بهما).

واعتبارهم بموت المدبَّر وأُمِّ الولد؛ غير صحيح، لأنَّ ما سرى[1] مِنْ عقد التدبير والاستيلاد[2] إلى أولادهما ثابت [لهم][3] بعد موت الوالدين، لا يبطل بموتهما، [و/ 391] وهذا [أحدُ عمدنا][4] في المسألة.

وقولهم[5]: «إنَّ الشَّرط يبطل بموت مَنْ شُرط له»؛ مُسَلَّمٌ، ولكنْ لا يبطل بموت البعض، لأنَّ الشرط إذا كان لجماعة؛ فموت بعضهم لا يبطله.

وقولهم: «لَمَّا لَمْ يصحَّ ابتداء الكتابة بعد الموت كذلك استدامتها»؛ مغالطة، لأنَّا نحن لا نزعم أنَّ العقد باقٍ في حقِّ الميت، وإنَّما نقول إنَّه باق في حقِّ الولد الباقين الذين دخلوا معه في عقد الكتابة، بدليل أنَّه لو لَمْ يُخَلِّفْ ولدا لبطل العقد وورثه السيد.

وإذا ثبت ذلك[6]؛ سقط ما قالوه، وبالله التوفيق.

فصل:

إذا ثبت أنَّ عقد الكتابة لا يبطل بموته، فإنَّه على شروط مِنْها:

أنْ يُخَلِّفَ ولدا كانوا معه في عقد الكتابة، إمَّا بأنْ يكونوا حدثوا بعد العقد، أو بأنْ اشترطهم؛ لأنَّ فائدة قولنا: «إنَّ العقد يثبت ولا يبطل» أنَّ ولده يقومون

---

(1) في (ع): (يسري).

(2) في (ع): (بالاستيلاد).

(3) في (خ): (لهما)، والمثبت مِن (ع).

(4) في (خ): (أحمد عندنا)، والمثبت مِن (ع).

(5) في (ع): (وقوله).

(6) في (ع): (هذا).

مقامه في أداء المال ويعتقون، فأمَّا العقد في حقِّ الميت فقد بطل، فإذا لَمْ يترك ولدًا؛ استحالت المسألة، وكان المال لسيِّده.

فإذا ثبت هذا؛ وتَرَكَ ولدًا نُظر:

فإنْ كانوا أحرارًا؛ فإنَّ العقد يبطل ويرثه السَّيِّدُ، خلافا لأبي حنيفة[1].

[2] لأنَّهم لا يقومون مقامَه، إذ المواريث موضوعة على تساوي الحُرم، وهو عندنا مات مكاتَبا؛ لا عبدا على الإطلاق ولا حُرًّا، فلا يرثه ولده الأحرار ولا العبيد؛ لأنَّهم غيرُ مساوين له في الحرمة، وإنَّما يرثه مَنْ شَرَكَه في عقد كتابته.

وهذه المسألة رَدَّها على أصحابنا [محمد بن الحسن][3] والمُزَني وجماعة، وكان عمدة ما أوردوه هذا السؤال؛ وهو أنْ قالوا: لا يخلو هذا المكاتَب أنْ يكون مات عبدا أو حُرًّا، فإنْ كان مات عبدا فمالُه لسيِّده، وإنْ كان مات حُرًّا فيجب أنْ يرثه ولدُه الأحرار.

فأجاب عنه إسماعيلُ بن إسحاق والشيخ أبو بكر وأصحابُنا بأنْ قالوا: «لا نقول: إنَّه مات حُرًّا ولَمْ يؤد جميع الكتابة، ولا مات عبدا وقد ثبت له عقد حرية، ولكن نقول: مات مكاتَبا، والمكاتَب له حكم بَيْنَ الأحرار وبَيْنَ العبيد؛ لأنَّه قد أخذ شَبَهًا مِنْهما جميعا»[4]، وإذا ثبت ذلك؛ صحَّ ما قلناه.

---

(1) «الأصل» للشيباني (5/ 214).

(2) في (ع): (ودليلنا:).

(3) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(4) «الذخيرة» للقرافي (11/ 313).

وإِنْ خلَّف ولدًا معه في عقد الكتابة؛ نُظر:

فإنْ كان في المال الذي خلَّفه وفاءٌ؛ أُدِّيَت الكتابة مِنْه حالَّة، وعُتقوا وورثوا الباقيَ.

أمَّا أداء مال الكتابة؛ فلأنَّ العقد إذا كان ثابتا في حقهم لزمهم الأداء كما كان لازما لأبيهم.

وأمَّا حُلُولُه؛ فلأنَّ مَنْ عليه قد مات، والأجل يَحِلُّ بموت مَنْ عليه [الدَّيْنُ][1].

وأمَّا وجوب عتقهم عند الأداء؛ فلحصول الصفة التي عتقُهم معلَّقٌ بها، وهي الأداء.

ولأنَّ أباهم لو كان حيًّا وأدَّى المال لعُتق؛ كذلك هؤلاء.

وأمَّا ميراثهم مِنْه؛ فلمساواتهم له في الحرمة على ما ذكرناه.

هذا إذا خَلَّفَ وفاءً، فإنْ خلَّف دون الوفاء؛ نُظر:

فإنْ كان ولده كبارا يَقْوَوْنَ[2] على السعي، وقالوا: «نحن نسعى ونؤدِّي [بقية][3] المال في نجومه»؛ لزم ذلك السَّيِّدَ، ولَمْ يكن له مقال، لأنَّهم يقومون مقام أبيهم، والعقد[4] ثابت لهم كما كان [ثابتا][5] لأبيهم، فلَمَّا كان هذا القول

---

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (يقدرون).

(3) في (خ): (معه)، والمثبت مِن (ع)، وهو أوضح.

(4) في (ع): (فالعقد).

(5) زيادة من (ع).

مسموعا مِن[1] الأب مِنْ حيث لا يقدر السَّيد على دفعه؛ كذلك أيضا مِن[2] الولد.

وإنْ كان الولد صغارا لا فضل فيهم للسَّعي؛ نُظر:

فإنْ كان في المال فضلٌ إذا أُدِّيَ على نجومه إلى وقت بلوغهم؛ فإنَّه يُؤدَّى، وذلك لأنَّهم غير عاجزين مع وجود الأداء.

ثُمَّ إذا بلغوا نُظِر:

فإنْ أمكنهم السَّعي في البقية، وإلَّا رُقُّوا.

وإنْ لَمْ يكن في المال فضل للنُّجوم إلى أنْ يبلغوا السَّعي؛ رُقُّوا.

وإنَّما كان كذلك لعجزهم، ولا يلزم السَّيدَ انتظارُهم إلى وقت البلوغ، [392/و] والله أعلم.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ومَنْ أَوْلَدَ أَمَةً فلَه أنْ يَستَمْتِعَ مِنْها في حياتِه، وتُعتَقُ مِن رأسِ مالِه بعدَ مماته[3]، ولا يَجوز بيعُها، ولا له عليها خدمةٌ ولا غَلَّةٌ، وله ذلك في ولدِها مِن غيرِه، وهو بمنزلةِ أمِّه في العِتقِ، [يُعْتَقُ][4] بعِتْقِها).

(1) في (ع): (في).

(2) في (ع): (في).

(3) في (ع): (وفاته).

(4) زيادة مِن (ع).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا كما قال، الأمَة إذا ولدت مِنْ سيِّدها الحُرِّ؛ فلا سبيل إلى بيعها ولا هبتها، وهو قول كافة فقهاء الأمصار، ورُوي عن جماعة مِنْ جلَّة الصَّحابة؛ مِنْهم عمرُ وعثمانُ وعليٌّ وابنُ مسعودٍ وابنُ عمرَ وعددٌ كثيرٌ مِنْ التابعين(1).

ولا خلاف في ذلك، إلَّا ما يُحكى(2) عن عليٍّ -رضي الله عنه- مِن رجوعه عنه أيَّام(3) خلافته(4).

ورُوي أيضا عن ابن الزبير مِنْ طريق ضعيف(5).

ومِن الفقهاء مَنْ يدَّعي الإجماع في هذه المسألة، ولا يُصحِّحُ ما رُوي عن عليٍّ -رضوان الله عليه- مِنْ رجوعه.

وإلى جواز ذلك ذهب داود(6) والرَّافضة(7).

فمَنْ نصر جوازَه استدَلَّ:

بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[البقرة:275].

---

(1) «الأوسط» لابن المنذر (8776-8782)، «الاستذكار» (23/ 152).

(2) في (ع): (حكي).

(3) في (ع): (في رجوعه إياه حال).

(4) «مصنف عبد الرزاق» (13224)، «مصنف ابن أبي شيبة» (22010)، «الأوسط» لابن المنذر (8783) (8784).

(5) «مصنف عبد الرزاق» (13228) (13229) «الأوسط» لابن المنذر (8777).

(6) «الاستذكار» (23/ 153).

(7) قال الطوسي في «الخلاف» (6/ 423): «لا يجوز بيعها ما دام ولدها باقيا، إلَّا في ثمن رقبتها، فإنْ مات ولدها جاز بيعها على كل حال».

وبما رُوي عن جابر أنَّه قال: «كُنَّا[1] نبيع أمَّهاتِ الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدرا مِنْ خلافة عمر، ونهانا[2] عمرُ عن بيعهِنَّ»[3].

ولأنَّ عُلوقها بولد حُرٍّ ليس فيه أكثرُ مِنْ انتشار الحرمة وثبوتها في الولد، وذلك لا يمنع بيعها؛ أصله: إذا تزوج أمَة فأولدها.

والأصل فيما قلناه:

ما رواه إسماعيل بن إسحاق، قال: حدثنا إسماعيل بن أبي أُوَيْسٍ، حدثنا أبو [أويس][4]، حدثنا حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنَّه قال: «أيُّما أمَةٍ وَلدتْ مِنْ سيِّدها فإنَّها حُرَّةٌ إذا مات، إلَّا أنْ يُعتقها قَبْلَ موته»[5].

---

(1) قوله: (كنا) ليست في (ع).

(2) في (ع): (ثُمَّ نهانا).

(3) رواه أبو داود (3954) من طريق عطاء بن أبي رباح وابن ماجه (2517) من طريق أبي الزبير، كلاهما عن جابر، وقال ابن حجر في «موافقة الخبر الخبر» (1/ 167): «حديث صحيح».

(4) في (خ)، (ع): (ثور)، والمثبت من مصادر التخريج.

(5) رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده -كما في «نصب الراية» للزيلعي (3/ 288)- عن زهير عن إسماعيل بن أبي أويس، به، بلفظه، ورواه الدارقطني (4236) (4240) من طريق عبد الحميد وأبي بكر ابني أبي أويس عن أبي أويس، به، بمثله، ورواه ابن ماجه (2515) وغيره -كما سيذكره المصنف بعد- من طريق شريك عن حسين به، بنحوه.

وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (6/ 3289): «في إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي، وهو ضعيف جدًّا، وفي رواية للدارقطني والبيهقي مِن حديث ابن عباس أيضا: «أمُّ الولدِ حُرَّةٌ وإنْ كان سقطا»؛ وإسناده ضعيف أيضا»، وقال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (14/ 468): «لم يثبت فيه شيء».

ورواه إسحق بن عيسى الطَّبَّاع، حدثنا شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا رجل ولدت مِنْه أَمَتُه فهي مُعتقة عن دبر [مِنْه][1]»[2].

وقوله ﷺ في ماريَّةَ لَمَّا ولدت إبراهيم: «أعتَقَها ولدُها»[3].

وهذا منع[4] جواز بيعها.

وفي حديث أبي سعيد الخدري أنَّهم أصابوا سبيا، قال: «واشتدت علينا العزبة، وأحببنا الفداء، وأردنا أنْ نعزل، فقلنا: نعزل ورسول الله ﷺ بَيْنَ أظهرنا قَبْلَ أنْ نسأله! فقال: «لا عليكم ألَّا تفعلوا، فإنَّه ما مِنْ نسمة قدَّر الله أنْ تكون إلَّا كانت»[5].

فلولا أنَّ العلوق يُبطل الثمن، وإلَّا كان يقول: فأيُّ ضرر بكم إلى العزل، وما الذي تخافون مِن الحمل.

ولأنَّها قد ثبت لها بالولادة حرمة تمنع مِنْ بيعها، وهي اتصالها بالولد الثابت الحرية الحاصلة له مِنْ جهة أبيه؛ فكانت في معنى المعتقة.

---

(1) زيادة مِن (ع) ومِن مصادر التخريج.

(2) ينظر ما قبله.

(3) رواه ابن ماجه (2516) من طريق أبي بكر النهشلي عن حسين بن عبد الله بالسند المذكور قبل، قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (6/ 3290): «في إسناده حسين بن عبد الله؛ وهو ضعيف جدًّا»، وقال ابن عبد البر في «الاستذكار» (23/ 154): «ليس بالقوي، ولا يثبته أهل الحديث».

(4) في (ع): (ينفي).

(5) رواه البخاري (4138) ومسلم ([125] 1438).

وهذا مِنْ أصحِّ الاعتلال وأقواه؛ لأنَّه مروي عن عمر بن الخطاب حين قال: «خالطتْ لحومُنا لحومَهنَّ، ودماؤُنا دماءَهنَّ»[1].

ولأنَّها حملتْ في ملك [واطئها][2] بولد حُرٍّ على أبيه، فوجب ذلك أنْ يمنع مِنْ بيعها؛ اعتبارا بحال حَمْلِها.

وإنَّما قلنا: «في ملك واطئها»؛ احترازا مِنْ حمل الأمَة الزوجة.

وقلنا: «بولد حُرٍّ على أبيه»؛ احترازا مِنْ إعتاق سيد الأمَة؛ لأنَّه يكون حُرًّا لا مِنْ جهة أبيه.

وكنتُ سُئِلتُ عن هذه المسألة في بغداد، في مجلس القاضي الخَرَزِي الدَّاوُدِي[3]، فأعللتُ بهذا القياس، فرَكِبَه وقال: لا نُسَلِّمُ هذا، ويجوز بيعها حاملا.

فقلتُ له: إنَّ أصحابَنا وأصحابَ أبي حنيفة وأصحابَ الشافعي عقدوا ذلك إجماعا على مَرِّ الأعصار، مِنْ حيثُ لا يُعلم له مخالف.

وأصحاب أبي حنيفة يحكون أنَّ أبا سعيد البرْدَعِيَّ[4] ناظر داود[5] في هذه

---

(1) «مصنف عبد الرزاق» (14040).

(2) زيادة مِن «الإشراف» (5/ 148)، ويدُلُّ عليه ما بعده.

(3) هو القاضي أبو الحسن عبد العزيز بن أحمد الخَرَزي الفقيه الظاهري، مات سنة (391 هـ). [«تبصير المنتبه» (1/ 325)].

(4) أحمد بن الحسين، أبو سعيد البَرْذَعيُّ، نسبة إلى بَرْذَعَة -ويروى بالدال المهملة-، بلد في أقصى أذربيجان، شيخ الحنفية ببغداد، توفي سنة (317 هـ). [«تاريخ بغداد» (5/ 160)]

(5) داود بن علي بن خلف البغدادي الأصبهاني؛ رئيس أهل الظَّاهر، توفي سنة (270 هـ). [«تاريخ بغداد» (9/ 342)].

المسألة، [فاستدَلَّ][1] عليه باستصحاب الحال، وقال: قد اتفقنا على جواز بيعها قَبْلَ العلوق، فمَنْ زعم أنَّها بالولادة قد حرم بيعها؛ لزمه إقامة الدليل.

قال: فقلتُ له: ما أنكرت أنَّ هذا مقابل بما هو أولى مِنْه، [و/ 393] وهو أنَّا قد اتفقنا على منع بيعها حاملا، فمَنْ زعم أنَّها إذا وضعتْ جاز بيعها؛ ... ...[2]، قال: فسكتَ ولَمْ يقل شيئا.

وهذا يدُلُّ على أنَّه يرى مَنْعَ بيعها حاملا، فلا يلتفت إلى ركوبه مِنْكم.

فقال لي: هذا مذهب قديم، ومِمَّنْ رُويَ عنه جواز ذلك ابن سيرين.

فقلت: لا أصحِّحُ هذا عنه، ولو صحَّ لكان إجماعُ الصحابة أولى مِنْه».

وإذا ثبت هذا؛ فالظاهر مخصوص بما ذكرناه.

وأمَّا حديث جابر فضعيف عند أهل النقل[3].

وقد رُوي مِنْ طريقه ما عارضه؛ رَوى يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن جابر قال: «كنَّا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ ثُمَّ زَجَرَ عن بَيْعِهنَّ»[4].

---

(1) في (ع): (فاستدلوا)، والإفراد أليق بالسياق.

(2) بياض في (ع)، ولعل تقديره: (لزمه إقامة الدليل).

(3) قال ابن حجر في «موافقة الخبر الخبر» (1/ 166-167): «أخرجه أبو داود من رواية عطاء عن جابر رضي الله عنه ... ورجاله رجال مسلم، وقد صححه ابن حبان والحاكم، وله طريق أخرى صحيحة» ثم أسنده من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر، وقال: «هذا حديث صحيح، أخرجه النسائي وابن ماجه والدارقطني والحاكم من طرق عن ابن جريج، وإسناده على شرط مسلم».

(4) عزاه ابن الملقن في «البدر المنير» (9/ 760) لابن أبي شيبة، وذكر أنه رواه من طريق أيوب عن =

ذكره أبو [الفرج][1] في «الحاوي».

واعتبارهم؛ غير صحيح، لأنَّا لسنا نعلل مَنْعَ بيعها بأنَّها علقت بولد حُرٍّ، وإنَّما العلة ما ذكرناه [في][2] السؤال، وبالله التوفيق.

فصل:

إذا ثبت أنَّه ليس له[3] بيعها؛ فليس له إجارتها ولا غَلَّتُها.

وقال الشافعي: له ذلك[4].

فدليلنا: أنَّ كُلَّ حرمة مَنعت مِنْ بيع الرقبة مَنعت مِنْ بيع المنافع؛ لأنَّ هذه الحرمة لَمْ [تختصَّ][5] بالرقبة دون المنفعة؛ لأنَّه لَمْ يبقَ لسيدها فيها [حقٌّ][6] إلَّا الوطءُ.

يُبيِّنُ ذلك؛ أنَّها كانت مقتضية لتنجيز العتق في الحال، لكنْ مَنَعَ مِنْ ذلك الحرمةُ؛ لَمَّا انتشرت عن الوطء، لَمْ يجز أنْ تكون مانعة مِنْه وهو أصلها الذي عنه ثبتت.

يحيى بن أبي كثير، وقال: «قال عبد الحق: أيوب ضعيف، إلا أن أبا حاتم قال: كتاب أيوب عن يحيى صحيح».

(1) في (ع): (الفتوح)، وهو أبو الفرج عمر بن محمد بن عمر القاضي، صاحب كتاب «الحاوي في مذهب مالك»، وكتاب «اللمع في أصول الفقه»، توفي سنة (330هـ).[«ترتيب المدارك» (5/ 22)]

(2) في (ع) ما صورته: (فسـ)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) في (ع): (أنه له ليس له)، والمثبت أليق بالسياق.

(4) «الأم» (5/ 507).

(5) في (ع): (تتخص)، والمثبت أليق بالسياق.

(6) في (ع): (حقًّا)، والإعراب يقتضي الرفع.

وإذا كان الأمر كذلك؛ صحَّ ما قلناه.

وليس له استخدامها إلَّا في الشيء الخفيف.

وقوله: **(إنَّما تُعتَق مِنْ رأس المال بَعْدَ وفاته)**؛ فلأنَّ عقد الحرية أوجب لها العتق، إلَّا أنَّا أخرناه لئلا نُفِيتَه حقَّه مِن الوطء.

وكذلك رُوي في الحديث: «فإنَّها مُعْتَقَةٌ عن دُبُرٍ»[1].

ورُوي: «فإذا مات فهي حُرَّةٌ»[2]؛ وذلك يقتضي رأس المال دون الثُّلُثِ.

وأمَّا ولدها؛ فللسيِّد أنْ يؤاجره ويأخذ غَلَّتَه.

والفرق بَيْنَهم وبَيْنَ أُمِّهم:

أنَّ حرمتهم أضعف مِنْ حرمتها؛ فجاز له فيهم ما لَمْ يجز له فيها.

ولأنَّ وطءَ الأُمِّ كان جائزا له، وهو مِنْ حقوق الملك، وليس بجائز له في الولد، فلو منعناه إجارتهم لَمْ يبق له عليهم شيء مِنْ حقوق المال؛ وذلك غير جائز.

وقوله: **(إنَّهم بمنزلة أُمِّهم في العتق والعقد)**؛ فقد [ذكرناه][3] فيما تقدم، ودللنا عليه.

---

(1) ينظر تخريجه فيما تقدم (ص: 550).

(2) روي من حديث ابن عباس بإسناد ضعيف جدا كما سبق (ص: 549)، ومن حديث ابن عمر، وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (6/ 3289): «قال الدارقطني: «الصحيح وقفه عن ابن عمر عن عمر»، وكذا قال البيهقي وعبد الحق، وكذا رواه مالك في «الموطأ» موقوفا على عمر، وقال صاحب «الإلمام»: «المعروف فيه الوقف، والذي رفعه ثقة، قيل: ولا يصح مسندًا»».

(3) في (ع): (ذكرنا)، والمثبت أليق بالسياق، وينظر ما تقدم (ص: 527، 528).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وكُلُّ ما أسْقَطَتْه مِمَّا يُعلَم أنَّه ولدٌ فهي به أمُّ ولدٍ).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

وهذا كما قال، المُراعَى فيما تثبت لها به حرمة الاستيلاد انتقال النطفة إلى أوَّلِ حالِ الخلق، ولا يُراعى في ذلك كمال الخلقة ولا تخطيطه.

وقال الشافعي: لا تكون أمَّ ولد إلَّا بأنْ تضع ما يكون مِنْه شيء مِنْ الخَلق والتخطيط[1]:

لقوله ﷺ: «أعتَقَها ولدُها»[2]؛ فاعْتبَرَ ما يتسمَّى ولدا.

ولأنَّ الحرمة إنَّما تثبت لها بأنَّها تكون أمَّ ولد؛ فوجب اعتبار هذا الاسم.

ولأنَّه إذا لَمْ يكن فيه شيء مِن التخطيط؛ جاز أنْ يكون مرضًا أو دمًا.

ودليلنا:

أنَّه حَمْلٌ مِنْ نطفة؛ فأشبه إذا بان مِنْه تخطيط.

لأنَّ الاعتبار لا يخلو أنْ يكون بتغير النطفة إلى الخلق أو بكمال الخلق أو بالتخطيط -على ما قالوه-.

فإنْ كان بأوَّلِ حال الخلق؛ فذلك ما قلناه.

---

(1) «الأم» (4/ 299)، «الحاوي الكبير» (10/ 307).

(2) تقدم تخريجه (ص: 550).

وإنْ كان بكمال الخلق؛ فليس ذلك بقولٍ لأحد.

وإنْ كان بالتخطيط؛ فذلك وسط الخلق، فليس مراعاته بأولى مِنْ مراعاة خلق الشعر والأسنان والظفر وغيره، وإذا لَمْ يجب اعتبار ذلك؛ فكذلك ما قالوه.

وأمَّا الخبر؛ فلا تَعلُّق لهم فيه؛ لأنَّه إشارة إلى عين، وكانت وضعت ولدا، وليس ذلك شرط[1] باتِّفاق، ألَا ترى أنَّها لو لَمْ [و/ 394] تضعه كاملا لَمْ يُخرِجها ذلك عن أنْ تكون أمَّ ولد.

وقوله: «يجب اعتبار ما يتسمى به ولدا»؛ باطلٌ أيضا، لأنَّ الأصبع والظفر لا يُسمَّى بذلك.

وقولهم: «[يجوز][2] بأنْ يكون مرضًا أو دمًا»؛ فنحن مع الإشكال لا نثبته، وإنَّما نرجع فيه إلى قول مَنْ يعرفه مِن النساء والقوابل، كما نرجع إلى قولهم في التخطيط، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَنفعُه العَزْلُ إذا أنكرَ ولدَها وأقرَّ بالوَطءِ، فإنِ ادَّعَى استِبراءً لَمْ يَطَأْ بعدَه لَمْ يلحَقْ به ما جاء مِن ولدٍ).

---

(1) كذا في (ع).

(2) في (ع): (يجب)، والمثبت مما تقدم في قوله: (جاز أن يكون ...).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ الولد قد يكون عن العزل؛ بدليل قوله ﷺ لَمَّا سألوه عنه: «لا عليكم ألَّا تفعلوا، فإنَّه ما مِنْ نسمة قدر الله أنْ تكون إلَّا كانت»[1]؛ يعني ذلك: أنَّ هذه الحيلة -التي هي العزل- قد تنفع وقد لا تنفع، وأنَّها ليست بمانعة مِن الحمل.

وقال عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-: «لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنْ قد ألَمَّ بها إلَّا ألْحَقْتُ به ولدها»[2].

فإنِ ادَّعَى استبراءً؛ فلا يخلو:

أنْ يكون قد وَطِئ بعده.

أو لَمْ يطأ.

فإنْ كان قد وطئ بعده؛ لَمْ يكن له نفي الحمل، ولحق به؛ لأنَّ: «الولد للفراش»[3] يوجب إلحاق الولد، لجواز أنْ يكون عن هذا الوطء.

وإنْ قال: «لَمْ أطأ»؛ فالقول قوله؛ لأنَّ ذلك موكولا[4] إلى أمانته.

وقد اختُلف في ذلك: هل عليه يمين أو لا يمين عليه؟

فقيل: عليه اليمين؛ لحَقِّ الزوجة.

---

(1) رواه البخاري (4138) ومسلم (1438).

(2) «الموطأ» (2746)، قال ابن الملقن في «البدر المنير» (8/ 265): «هذا الأثر صحيح».

(3) رواه البخاري (6749) ومسلم (1457).

(4) كذا في (ع)، وهي لغة.

وقيل: لا يمين عليه؛ لأنَّ اليمين لا يخرجه عن ذلك [في][1] اللعان، فإذا لَمْ يلزمه لعان فلا يمين عليه.

ولأنَّ ذلك موكولا[2] إلى أمانته، ألَا ترى أنَّها لو ادعت أنَّ السيد وطئها وأنكر ذلك؛ كان القول قوله.

ويفارق الزوجة؛ لأنَّها تكون فراشا بالعقد وإمكان الوطء، فإذا أتت بولد لِمَا يُمكن أنْ يكون مِنْه؛ لَحِق به، ولَمْ يُلتفت إلى إنكاره أو إقراره، إلَّا أنْ ينكره مِنْ جهة تعرف، ويلاعن على الشَّرط المراعى في ذلك، وقد بَيَّنَّاه في ... ...[3]، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يَجوز عِتْقُ مَن أحاطَ الدَّيْنُ بمالِه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

أمَّا إذا حكم الحاكم بفَلَسِه؛ فلا يجوز ذلك لأنَّ مالَه قد صار مُستحَقًّا للغرماء، فكأنَّه يعتق ملكا لغيره، ولا ينفذ عتقُه.

وأمَّا إنْ لَمْ يحكم الحاكم؛ فلا يجوز أيضًا، لأنَّه في معنى مَنْ حُكِم بإفلاسه؛ لأنَّ الغرماء [أولى][4] بما في يده؛ فليس له أنْ يتلفه عليهم، وكذلك

---

(1) في (ع) ما صورته: (هي)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(2) كذا في (ع)، وهي لغة.

(3) بياض في (ع)، ولعل تقديره: (باب اللعان)، وينظر ما تقدم (7/ 473).

(4) زيادة من شرح الرسالة للهسكوري [76/ أ-أزهرية] نقلا عن المصنف.

ليس له أنْ يهب ولا يتصدَّق.

ويُبَيِّنُ ذلك [أنَّه][1] ليس له أنْ يقضيَ بعضَهم دون بعض؛ لأنَّ إحاطة الدَّين بمالِه قد أوجبت مُحاصَّتَهم[2] فيه، فليس لأحد أنْ يَسْتَبِدَّ بزيادة على صاحبه في قدر ما تَحَاصَّهُ.

وتتخرَّج فيه رواية أخرى وهي: أنَّ تصرفه جائز ما لَمْ يُحكم بفَلَسِه[3]، بناء على اختلاف قوله في رهنه.

ويمكن أنْ يُفرَّق بَيْنَ العتق والرهن؛ بأنَّ[4] الرَّهنَ حقٌّ يوثِقُه يمكن تلافيه واستدراكُه، والعتق إتلاف في الحال.

والتخريج على الروايتين [قويٌّ][5]، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنْ أعْتَقَ بعضَ عبدِه استُتِمَّ عليه).

قال القاضي -رحمه الله-:

---

(1) في (ع): (لانه)، والمثبت أليق بالسياق.

(2) في (ع): (تحاصصهم)، أحْصَصْتُه: أعطيتُه حِصَّتَه، وتَحَاصُّوا وحَاصُّوا: اقْتَسَمُوا حِصَصا لهم، مُحَاصَّةً وحِصَاصا. [«تاج العروس» (17/ 523)]

(3) في (ع): (بإفلاسه).

(4) في (ع): (لأن).

(5) في (خ) و(ع): (أقوى)، والمثبت أليق بالسياق.

وهذا لأنَّ تبعيض العتق غير جائز مع القدرة على تكميله، ألَا ترى أنَّه إذا أعتق حصَّته مِنْ عبدٍ بَيْنَه وبَيْنَ [غيره][1] قوَّمنا عليه نصيب شريكه ليكمل[2] العتق؛ ففي حصَّة نفسه أولى[3].

وقد اختلف قوله؛ هل يُعتَق عليه الباقي بالحكم أو بنفس إعتاقه؟

فعنه في ذلك روايتان:

إحداهما: أنَّه يُعتَق عليه الكُلُّ بنفس إعتاقه البعض.

والأخرى: أنَّه لا يُعتَق [عليه][4] إلَّا بالحكم.

فوجه الأولى: هو أنَّ العتق مبنيٌّ[5] [و/ 395] على السِّراية، لا يتعلق به حَقُّ الغير، فإذا أُوقِعَ[6] في البعض سرى إلى الكُلِّ مِنْ غير حاجة إلى الحكم؛ أصله: الطلاق.

ووجه الثانية: فلأنَّه تبعيض عتق؛ فلَمْ يقتض[7] السِّراية إلَّا بالحكم؛ أصله: إذا كان له شريك، و[إنْ][8] كان الأوَّلُ أوْلَى، والله أعلم.

---

(1) في (خ): (عشره)، والمثبت مِن (ع)، وفي شرح الرسالة للفاكهاني: (شريكه).

(2) في (ع): (لتكميل).

(3) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 344).

(4) زيادة من (ع).

(5) في (ع): (يبنى).

(6) في (ع): (وقع).

(7) في (ع): (يقتضي)، وهي لغة.

(8) زيادة مِن (ع).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(وإنْ كان لغيرِه فيه معه شركةٌ قُوِّم عليه نَصِيبُ شَريكِه قِيمَتَه[1] يومَ يُقامُ عليه وعتق، فإنْ لَمْ يُوجَدْ له مالٌ بَقِيَ سَهمُ الشَّريكِ رَقيقًا).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

أمَّا وجوب تقويم حصة الشريك عليه إذا كان له مال؛ فذلك:

لِمَا رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أنَّ النَّبي ﷺ قال: «مَنْ أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد؛ قُوِّم عليه قيمة العَدْل، فأعطى شركاءه حصصهم»[2]؛ الحديث.

[و][3]لأنَّ تبعيض العتق جناية؛ فيلزمه[4] غرم ما وهبه بجنايته.

ولأنَّ العتق مُغلَّب ومبنيٌّ على السِّراية؛ فوجود بعضه يؤدِّي إلى تكميله.

وأمَّا مَنْعُهُ أنْ يعتق حصة الشريك إلَّا بعد التَّقَوُّم وأخذ القيمة، وأنَّه لا يعتق بنفس إعتاقه لحصته؛ فهذا قولنا وقول أبي حنيفة[5].

---

(1) في (ع): (بقيمته).

(2) «الموطأ» (2855)، ومِن طريقه البخاري (2522) ومسلم (1501).

(3) زيادة مِن (ع).

(4) في (ع): (فلزم).

(5) «الأصل» للشيباني (5/ 97).

وللشافعي ثلاثة أقاويل[1]، أظهرها: أنَّه يسري[2] إلى حصة شريكه إذا كان مُوسِرا قَبْلَ أنْ تقوَّم[3].

واستدَلَّ أصحابه لهذا:

بقوله ﷺ: «مَنْ أعتق شركا له في عبد قوِّم عليه قيمة العَدْل»، والتقويم لا يكون إلَّا لمُتلَف[4]؛ فدَلَّ أنَّ نصيب شركائه[5] قد تلف بالعتق.

ورُوي: «مَنْ أعتق شِركا له في عبد فهو حُرٌّ كُلُّه»[6]؛ وهذا يفيد أنَّه عُتق [بالسِّراية][7].

ولأنَّ الأصول موضوعة على أنَّه لا يُقوَّم إلَّا مُتلَفٌ، فلَمَّا اتُّفِق على أنَّ حصة الشريك تُقوَّمُ؛ دَلَّ على أنَّها قد تلفت بسِراية العتق.

ولأنَّ العتق أقوى مِن الاستيلاد؛ لأنَّه يقع [8] منجزا، وحرية أُمِّ الولد منتظَرة؛ فإذا لَمْ يتبعض الاستيلاد فالعتق أولى.

ولأنَّ في عتق نصيب الشريك تغليبا للحرية مع [دفع][9] الضرر عن العبد

---

(1) في (ع): (أقوال).

(2) في (ع): (يجري).

(3) «الحاوي الكبير» (18/ 5-6).

(4) في (ع): (بمتلف).

(5) في (ع): (شريكه).

(6) رواه أحمد في «المسند» (20716)، في الرجل الذي أعتق ثلث غلامه بلفظ: «هو حرٌّ كُلُّه، ليس لله شريك»، قال ابن حجر في «فتح الباري» (5/ 159): «إسناده حسن».

(7) في (خ): (السراية)، المثبت مِن (ع).

(8) في (خ) زيادة: (منجم)، والمثبت ما في (ع)، وهو أليق بالسياق.

(9) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

والسيد؛ فأشبه إذا ضمن القيمة.

ودليلنا: ما رَوى مالك، عن نافع، عن ابن عمر أنَّ النبي ﷺ قال: «مَنْ أعتق شِركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة العَدْل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلَّا فقد عُتق مِنْه ما عتق»؛ ففيه أدلَّة:

أحدها: أنَّه شَرَطَ في عتق العبد عليه أنْ يكون له مال، وأنْ يُقَوَّم عليه حصة الشريك، وأنْ يعطي القيمة؛ وهذا يفيد بطلان السِّراية.

والثاني: قوله عقيب ذلك: «وإلَّا فقد عتق مِنْه ما عتق»؛ وهذا عائد على جميع ما تقدَّم مِن الجملة والتفصيل، فكأنَّه قال: «إنْ لَمْ يكن له مال يفعل هذا فيه؛ فقد عتق مِنْه ما عتق».

والثالث: قوله: «[مال][1] يبلغ ثمن العبد»، فسمَّاه عبدا مع إعتاق المعتق حصَّتَهُ؛ فدَلَّ على أنَّه باق على الرِّقِّ.

والرابع: قوله: «ثمن العبد»؛ وهذا يفيد بقاء رقٍّ يكون ما يؤخذ ثمنا له.

والخامس: قوله: «فأعطى شركاءه حصصهم»، فأثبت لهم حِصَّةً مع عتقه[2]؛ فدَلَّ على أنَّه لَمْ يُعتق بالسِّراية.

وفي حديث سالم عن أبيه عن النَّبي ﷺ: «إذا كان العبد بَيْنَ اثنين فأعتق[3] أحدُهما نصيبه، فإنْ كان موسرا قُوِّم عليه[4]، لا وكس ولا شطط، ثُمَّ

(1) زيادة من (ع).

(2) في (ع): (فواته).

(3) في (ع): (فعتق).

(4) في (ع) زيادة: (قيمته).

يُعتق[1]»[2]؛ وهذا نصٌّ في أنَّه يعتق عليه بعد التقويم؛ فبطل ادعاء عتقه بالسِّراية.

وفي حديث عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أنَّه ﷺ[3] قال: «مَنْ أعتق شركا له في مملوك فعليه عتقه كلَّه إنْ كان له مال يبلغ ثمنه»[4]؛ وهذا يفيد بقاء الرِّقِّ ليصحَّ أنْ يقال: «عليه»؛ ذلك لامتناع أنْ يلزمه عتق قد نَفَذَ [و/ 396] وتَمَّ.

ولأنَّه عتق بعوَض؛ فوجب ألَّا يقع قَبْلَ [أداء][5] العوض؛ اعتبارا بالكتابة.

ولأنَّ تصرف الإنسان في ملكه لا يسري إلى [ملك][6] غيره؛ أصله: التصرف بالبيع والهبة.

ولأنَّ التقويم إنَّما وُضع لإزالة الضرر عن الشريك في حصته، فكان كالشفعة التي وضعت لإزالة الضرر عن الشريك، وقد ثبت أنَّ ملك المشتري لا يزول عن الشِّقْصِ [إلَّا][7] بعد قبضه الثمن؛ فيجب أيضا أنْ يكون في هذا الموضع؛ لا يزول ملك الشريك إلَّا بعد قبض القيمة.

وإذا ثبت هذا:

---

(1) في (ع): (عتق).

(2) رواه البخاري (2521) ومسلم (1501) بمعناه.

(3) في (ع): (عن النبي ﷺ).

(4) رواه البخاري (2523) ومسلم (1501)، وهذا لفظ البخاري.

(5) طمس في (خ)، والمثبت من (ع).

(6) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(7) في (خ): (ولا)، والمثبت من (ع).

فادِّعاؤهم أنَّه لا يقوَّم إلَّا مُتلَفٌ؛ غير مُسلَّم[1]؛ لأنَّه قد يُقوَّم المُتلَف وما هو في حكم المُتلَف وإنْ لَمْ يكن مُتلَفا، كمَنْ غصب عبدا فأبق مِنْه أو غُصِبَ؛ فإنَّه يُقوَّم عليه وإنْ كان العبد باقيا سليما؛ لأنَّه في حكم المُتلَف على مالكه، كذلك نصيب الشريك.

وعلى أنَّ النبي ﷺ قد أخبر بأنَّ المأخوذ يكون ثمنا؛ لقوله: «فكان له مال يبلغ ثمن العبد»؛ فجعل له ثمنا مع حصول العتق، فإنْ كانت القيمة لا تكون إلَّا لمُتلَف فإنَّ الثمن لا يكون إلَّا لباقٍ غيرِ مُتلَفٍ.

وقوله: «فهو حُرٌّ كُلُّه»، معناه -إنْ صحَّ [سنده][2]- بعد التقويم ودفع القيمة إلى الشريك، بدليل ما رويناه.

والقيمة؛ قد أجبنا عنها.

والاستيلاد؛ يصحُّ تبعيضه على وجوه كثيرة، وإذا تعلَّق به حصَّة شريك لَمْ يثبت لجميع الأمَة حكم إلَّا بعد أداء القيمة إلى الشريك.

وأمَّا قياسهم عليه إذا ضمن القيمة أو أُدِّيَتْ إلى الشريك؛ فالمعنى في أصله حصول [العوض][3] لمالكه، وليس كذلك في مسألتنا، والله أعلم.

فصل:

وقوله: (إنَّه تُقَوَّمُ حصة الشريك يومَ الحكم لا يومَ العتق)؛ فلأنَّ القيمة

---

(1) في (ع): (سليم).

(2) في (خ): (سيده)، والمثبت من (ع).

(3) في (خ): (القرض)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

ليست تجب عليه بنفس العتق إلَّا بالحكم[1]، بدليل أنَّ الشريك لو أعتق حصته لكان ذلك له.

وكذلك؛ فلو تلف مالُه بعد العتق بجزء مِن الزمان لَمْ تلزم قيمةٌ، فإذا حكم [بوجوبها][2] كان الاعتبار [بها][3] مِنْ[4] وقت الحكم؛ لأنَّه وقت الوجوب.

والله أعلم.

فصل:

فأمَّا إذا كان مُعسِرا وقت العتق؛ فإنَّه لا قيمة عليه، وتبقى حصة الشريك رِقًّا[5] على ما هي عليه.

والأصل في ذلك: قوله ﷺ: «مَنْ أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قُوِّم عليه قيمة العَدْل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلَّا فقد عتق مِنه ما عتق»[6].

فنبَّه بالفصل بَيْنَ الموضعين على أنَّه:

إذا كان مُعسِرًا؛ اقتصر في العتق على قدر ما أعتق مِنْ غير طلب لتكميل العتق.

---

(1) في شرح الرسالة للفاكهاني (5/ 346) نقلا عن المصنف: (وإنما تجب بالحكم).

(2) في (خ): (بوجوبهما)، والمثبت مِن (ع).

(3) في (خ): (بهما)، والمثبت مِن (ع).

(4) قوله: (مِن) ليست في (ع).

(5) في (ع): (رقيقا).

(6) رواه البخاري (2522) ومسلم (1501).

وأنَّه إذا كان موسرا؛ لَمْ يقتصر على ذلك.

فصل:

قال أبو حنيفة: إذا أعتق[1] أحد الشريكين حصته [فالشريك][2] الآخر بالخيار:

إنْ أحبَّ أنْ يعتق حصته؛ فذلك له.

وإنْ أحبَّ؛ استسعى[3] العبدَ في قيمة حصته مِنْه، فإذا أدَّى إليه عَتَقَ، وكان ولاؤه له ولشريكه بقدر أنصبائهما[4].

واستدلَّ عنه بما رَواه[5] النَّضْرُ بن أنس عن بشير بن نَهِيكٍ عن أبي هريرة قال: قال النبي ﷺ: «مَنْ أعتق شِقْصا في مملوكه فعليه أنْ يعتقه كُلَّهُ إنْ كان له مال، وإلَّا [اسْتُسعِيَ][6] العبد غير مشقوق عليه»[7].

ولأنَّ حصول العتق في بعض العبد يوجب تكميله؛ أصله: إذا كان المُعتِقُ موسرا.

ولأنَّا وجدنا كُلَّ نوع مِن العتق جُعل للإنسان إيقاعُه فإنَّ له أصلا في إلزام

---

(1) في (ع): (عتق).

(2) في (خ): (والشريك)، والمثبت مِن (ع).

(3) في (ع): (أنْ يستسعي).

(4) «الأصل» للشيباني (5/ 98).

(5) في (ع): (واستدل عليه بما روى).

(6) في (خ): (استغني)، والمثبت مِن (ع) ومِن مصادر التخريج.

(7) رواه البخاري (2527) ومسلم (1503) مِن طريق قتادة عن النَّضر بن أنس به، بلفظ قريب منه.

الشريعة له مثلَه مِنْ نوع [هذا العتق.

فأما][1] العتق المنجز، وذلك أنَّ الإنسان لَمَّا مَلَكَ إيقاعَ عتقِ عبده منجز؛ فألزمه ... [2] بالشَّريعة؛ وهو فيمن يملك مِنْ أولاده وآبائه.

فكذلك أيضا لَمَّا مَلَكَ عِتْقَ عبدِه بالكتابة؛ وجب أنْ يلزمه بالشَّرع مِن نوع هذا العتق، وليس بالسِّعاية[3].

ودليلنا: قوله ﷺ: «مَنْ أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة العَدْل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد [و/ 397]، وإلَّا فقد عتق منه ما عتق»[4]، فنبه بين الفصل بَيْنَ الموضعين على أنَّه إذا كان مُعْسِرا اقتصر في العتق على قدر ما أعتق، مِنْ غير طلب لتكميل العتق.

ولأنَّ مخالفنا يقول: إنَّه بالخيار؛ إنْ شاء قوِّم، وإنْ شاء استسعى، وظاهر الخبر يفيد حتم التَّقَوُّم ونفي التخيير.

ولأنَّه عتق مِنْ غير جهة مَنْ كانت عنه الجناية؛ دليله الكتابة، لكون العبد لَمْ تكن مِنْه جناية ولا إتلاف؛ فكذلك الشريك الذي لَمْ يُعتِق، وسبب [الإتلاف][5] هو [المُعْتِق][6]، فإذا لَمْ يلزمه تقويمٌ؛ فالعبدُ أولى.

---

(1) بياض في (ع)، والمثبت مما سيأتي في الجواب.

(2) بياض في (ع)، ولعل تقديره: (نوعه).

(3) كذا في (ع)، ولعل فيه سقطا تقديره: (وليس [ذلك إلا] بالسعاية).

(4) رواه البخاري (2522) ومسلم (1501).

(5) في (ع): (الإطلاق)، والمثبت مِن «الإشراف» (5/ 114).

(6) في (ع): (العتق)، والمثبت مِن «الإشراف» (5/ 114).

ولأنَّه مالٌ يُتوصل به إلى العتق؛ فلا يجوز أنْ يُلزِمَ السيِّدُ [العبدَ][1] إلَّا برضاه؛ [أصـ]ـله[2] مال الكتابة، هذا على قولنا: إنَّ السَّيد لا يجبر عبدَه على الكتابة.

فأمَّا الحديث الذي رَوَوْهُ، فقد رَوَوْهُ[3] جماعةٌ مِن الحُفَّاظ لَمْ يذكروا السِّعاية.

على أنَّه لا دلالة فيه؛ لأنَّه أثبت السِّعاية بشرط ألَّا يكون العبد مشقوقا عليه، وهذا يقتضي أنْ يكون برضاه وطِيب قلبه، وإذا أجبرناه على ذلك وألزمناه إيَّاه؛ فقد شققنا عليه، وهذا خلاف الخبر.

وقد قيل: إنَّ ذِكر السِّعاية مِنْ قول قتادة[4].

وأمَّا المُوسر، فإنَّما أُلزِم تكميلَ العتق عليه؛ لأنَّه لا يَلْحَقُ بذلك ضررٌ بغيره؛ لأنَّه إذا كملنا العتق عليه؛ وصل الشَّريك إلى حقِّه، [والعبد إلى حقه][5] من كمال عتقه وثبوت حرمته، والمعتِق إلى كمال الولاء له.

---

(1) زيادة يقتضيها السياق.

(2) بياض في (ع)، والمثبت أليق بالسياق.

(3) كذا بضمير الجمع على لغة.

(4) قال ابن حجر في «الفتح» (5/ 157): «قال النسائي: «بلغني أنَّ هَمَّاما رواه فجعل هذا الكلام - أي: الاستسعاء- مِن قول قتادة»، وقال الإسماعيلي: «قوله: «ثُمَّ استسعي العبد»؛ ليس في الخبر مسندا، وإنَّما هو قول قتادة مدرج في الخبر على ما رواه همَّام»، وقال ابن المنذر والخطابي: «هذا الكلام الأخير مِن فتيا قتادة، ليس في المتن»».

(5) زيادة يقتضيها السياق، ويدل عليها ما يعقب هذه الجملة من تفصيل.

وإذا كان المعتِق مُعسِرا، ففي تكميل الحرية إضرار بالشريك وبالعبد:

أمَّا العبد؛ فبإلزامه الاستسعاء والتكسب على الكراهة والمشقة مِنْ غير جناية كانت مِنْه.

وأمَّا الشريك؛ فلأنَّه يُحال بَيْنَه وبَيْنَ ملكه مِنْ غير أنْ يكون مِنْهُ سبب يوجب ذلك، ويحال على استسعاء العبد وتكسبه حالا فحالا، وهذا مِن أبلغ الضرر، ولا يجوز إزالة ضرر بضرر يدخل على العبد.

وقولهم: «يجب أنْ يلزمه بأصل الشرع مِنْ نوع هذا العتق»؛ ينتقض بالعتق بالصفة؛ لأنَّه نوع يملكه السَيِّدُ في عبده، ثُمَّ ليس في الشرع لزومُ ...[1]، لأنَّ الكتابة معاوضة، وليس في الشريعة أنَّ كُلَّ مَنْ رضي بمعاوضة لزمه في الشَّرع مثل تلك المعاوضة، بل ذلك موكول إلى اختياره، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن مَثَّلَ بعبدِه مُثْلَةً بيِّنَةً مِن قَطعِ جارِحَةٍ أو نحوِه عتق عليه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

خالفنا في ذلك أبو حنيفة والشافعي[2] فقالا: لا يعتق عليه.

ودليلنا: ما روى [عمرو][3] بن شعيب عن أبيه عن جده، أنَّ رسول الله ﷺ

(1) بياض في (ع)، لعل تقديره: (عتق من نوعه).

(2) «الحاوي الكبير» (7/ 145).

(3) في (ع): (عمر)، والتصويب مِن مصادر التخريج.

قال: «مَنْ مثَّل بعبده عتق عليه»، ورُوِي: «فهو حُرٌّ عليه»[1].

ولأنَّه عقوبة له لئلا يعود إلى مثله؛ كعقوبة القاتل بمنع الميراث.

فإنْ قالوا: لأنَّ العتق إسقاط حَقٍّ فلَمْ يثبت بالمُثْلَة؛ أصله: إذا مثَّل بمَنْ له عليه دين فإنَّ الدَّيْنَ لا يسقط.

قلنا: هذا لا يلزم؛ لأنَّ هناك عقوبة تلزمه بالمُثْلَة، إمَّا في بدنه أو ماله؛ لأنَّه [إذا كان][2] حُرًّا لزمه القصاص، وإنْ كان عبدا لزمه في مالِهِ أَرْشُهُ، وليس كذلك في عبد نفسه؛ لأنَّه لا يلزمه قصاص ولا أَرْشٌ؛ فلَمْ يبق موضع للعقوبة إلَّا عتقه عليه.

فإنْ قالوا: كُلُّ جراحة لا توجب إسقاط الرِّقِّ إذا لَمْ تكن على وجه المُثْلَةِ لَمْ توجبْه على وجه المُثْلَةِ؛ أصله: إذا جرح عبدَ غيره.

قلنا: كيف يُتصوَّرُ إعتاق عبد غيره عليه، وإنْ أرادوا التقويم فلا يلزم؛ لأنَّ هناك عقوبة تلزمه، ولا تجتمع عليه عقوبتان.

---

(1) رواه أبو داود (4519) وابن ماجه (2680) كلاهما من طريق سوار أبي حمزة الصيرفي، والبيهقي في «السنن الكبرى» (15950) مِن طريق المثنى بن الصباح، كلاهما عن عمرو بن شعيب به، بمعناه، وفيه قصة، وقال البيهقي: «المثنى بن الصباح؛ ضعيف لا يحتج به، وقد رُوي عن الحجاج ابن أرطاة عن عمرو مختصرا؛ ولا يحتج به، ورُوي عن سَوَّار أبي حمزة عن عمرو؛ وليس بالقوي، والله أعلم»، ورواه أحمد (6710) عن عبد الرزاق عن معمر عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب، لكن ورد في مصنف عبد الرزاق (19020) عن معمر وابن جريج به، وابن جريج مدلس، فإن ثبت ما في المصنف، فمتابعة معمر تقوي الحديث، وإلا فمداره على ضعفاء كما ذكر البيهقي.

وروى مسلم (1657) من حديث عمر مرفوعا: «من لطم مملوكه، أو ضربه، فكفارته أن يعتقه».

(2) في (ع) ما صورته: (اداء)، والمثبت أليق بالسياق.

فإنْ قالوا: لأنَّها جراحة في ملك؛ كالبهيمة.

قلنا: لا يصح إعتاق البهيمة، ويصح إعتاق العبد، ولأنَّه لا حرمة للبهيمة كحرمة العبد.

فإنْ قالوا: المُثْلَةُ معصية، وذلك لا يؤثر في إزالة الملك؛ كما [و/ 398] لو ضربه.

قلنا: هذا كلام على مَنْ عَلَّلَ بالمعصية، ونحن لا نعلِّلُه؛ فلَمْ يلزم ما قالوه.

فإنْ قالوا: لأنَّها جناية على مملوك، فأشبه إذا لَمْ يبلغ التمثيل.

قلنا: دون المُثلة لا ينحصر، ولا يؤثر تأثيرها؛ لأنَّ له أنْ يضربه ضربا غير مُبرِح، ويُبَيِّنُ ذلك أنَّ مِنْ أصولنا أنَّ مَنْ جرح رجلا وقتله قُتل به ولَمْ يُجرح، ولو مثَّل به ثُمَّ قتله لجُرِحَ ثُمَّ قُتِلَ؛ فبان بذلك ما قلناه.

فإنْ قالوا: لأنَّه ملك لا يزول بغير المُثْلَةِ فلَمْ يزلْ بالمُثْلَة؛ أصله: الزوجية.

قلنا: المعنى في الزوجية أنَّ أرْشَ الجناية يلزم فيها بغير إزالتها، إمَّا في البدن أو المال، وليس ذلك في مسألتنا، والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن ملكَ أبَوَيْه أو أحدا مِن ولدِه [أو ولدِ][1] ولدِه، [أو ولدِ][2] بناتِه، أو

(1) في (ع) ما صورته: (أولد)، والمثبت من متن «الرسالة».

(2) في (ع) ما صورته: (أولد)، والمثبت من متن «الرسالة».

جدَّه أو جدَّتَه، [أو أخاه][1] لأُمٍّ أو لأبٍ أو لهما عَتَقَ عليه).

قال القاضي -رضي الله عنه-:

تحصيل مَنْ يُعتَقُ على الإنسان بالنسب إذا ملكه ثلاثة أعمدة:

اثنان مِنْها: عمودا النسب مِنْ جهة العلو والسفل.

فأمَّا مِنْ جهة العلو: فالآباء والأمهات والجدات والأجداد وآباؤهم وأمهاتهم مِنْ قِبَلِ الأب ومِنْ قِبَلِ الأُمِّ، وعلى كُلِّ وجه.

ومِنْ جهة السفل: فالمولودون؛ يُعتَقُ عليه ولده لصلبه الذكور والإناث، وولد ولده مِن البنين والبنات.

والعمود الثالث: عمود الأخوة، فيُعتَقُ عليه إخوته وأخواته مِنْ جهة الأبِ وجدِّه والأُمِّ وجدِّها، ومِنْ جهتهما معا، إلَّا أنَّ هذا العمود مُقتصَرٌ به عليهم ولا يتعدَّاهم إلى أولادهم.

والكلام في هذه المسألة مِنْ ثلاثة أوجه:

أحدها: مع داود الأصبهاني، فإنَّه يزعم أنَّه لا يعتق على الإنسان والد ولا ولد ولا أحد ملكه بنسب إلَّا أنْ يثبت استئناف عتقه[2].

وهذا خلافٌ لِمَا عليه الصَّدرُ الأوَّلُ وكافة فقهاء الأمصار.

والثاني: مع الشافعي -رحمه الله-، فإنَّه يزعم أنَّه لا يُعتَقُ عليه إلَّا عمود النَّسب فقط، ولا يُعتَقُ عليه الإخوة والأخوات[3].

---

(1) بياض في (ع)، والمثبت مِن متن «الرسالة».

(2) «معالم السنن» (4/ 73)، «المحلى» (9/ 201).

(3) «الأم» (9/ 302).

والثالث: مع أبي حنيفة -رحمه الله-، فإنَّه يزعم أنَّه يُعتَقُ عليه جميع مَنْ ذكرناه، وكُلُّ ذي رحم محرَّم بالنسب؛ كالعم والعمة والخال والخالة وبنت الأخ ومَنْ أشبههم[1].

فأمَّا داود؛ فاستدَلَّ بقوله ﷺ: «لا يجزي [ولدٌ][2] والدَه إلَّا أنْ يجِدَه مملوكا فيشتريَه فيعتقَه»[3]؛ وهذه «فاء» التَّعقيب، فأضاف فعل الإعتاق إليه؛ فبطل بذلك قول مَنْ قال: إنَّه يعتق بنفس الشِّراء [للأب][4]، والابنُ مثله.

والذي يدُلُّ على ما قلناه:

قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَٰنُ وَلَدًا ۗ سُبْحَانَهُ ۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾[الأنبياء:26].

وقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَٰنُ وَلَدًا (88) لَّقَدْ جِئْتُمْ شَيْئًا إِدًّا (89)﴾ إلى قوله: ﴿وَمَا يَنبَغِي لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا (92) إِن كُلُّ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا آتِي الرَّحْمَٰنِ عَبْدًا﴾ [مريم:93]؛ فنفى الولادة عن نفسه بثبوت العبودية على وجه المبالغة في النَّفي، والتَّأكيد لإحالة ذلك؛ فدَلَّ على أنَّ الرِّقَّ والولادة تتنافيان.

ويدُلُّ عليه: قوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾[النساء:36]، وليس مِن الإحسان استرقاقُهما؛ لأنَّ في ذلك [إذلالا لهما][5] وإهانَةً.

هذا قد [ذكروه، وفيه][6] نظر.

---

(1) «الأصل» للشيباني (5/ 68).

(2) في (ع): (ولدا)، والتصويب مِن مصادر التخريج.

(3) رواه مسلم (1510) وغيره مِن حديث أبي هريرة.

(4) في (ع): (فالأب والابن مثله)، والمثبت أليق بالسياق.

(5) في (ع): (إذلالهما)، والمثبت أليق بالسياق.

(6) في (ع): (ذكروا فيه)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

ورَوى قتادة عن الحسن [عن][1] سَمُرَةَ أنَّ النَّبي ﷺ قال: «مَنْ ملك ذا رحم مَحْرَم فهو حُرٌّ»[2].

ولأنَّ هذا المخالف لا يخلو:

أنْ يقول: إنَّ الإنسان إذا ملك أباه أو ابنه فإنَّه يعتق عليه بنفس الملك؛ فهذا ما نقوله.

أو يقول: لا يُعتَق عليه، بل يُؤمَر[3] بإعتاقه ويُلزم ذلك؛ وهذا خلاف الأصول، لأنَّ الإنسان لا يستحق عليه إيقاع حرية في ملكه بغير سبب كان مِنْ جهته[4]؛ كالنَّذر والكفَّارة.

ولا يصح عكس ذلك علينا بأنْ يُقال: «وما تقولونه مِنْ أنَّه يُعتق بنفس [399/و] الشراء خلافُ الأصول»؛ لأنَّ ما نقوله موجود في الأصول، وهو العبد إذا اشترى نفسه مِنْ سيِّده فإنَّه يعتق بنفس الشراء، وكذلك مَنْ قال: «إنْ ملكت فلانا فهو حُرٌّ» فابتاعه؛ فإنَّه يعتق عليه بنفس الشراء.

أو أنْ يقول: إنَّه مَلَكَهُمَا[5] ويَستقِرُّ ملكُه عليهما، ولا يلزمه إعتاقهما إلَّا أنْ

---

(1) في (ع): (بن)، والتصويب مِن مصادر التخريج.

(2) رواه أبو داود (3949) والترمذي (1365) وابن ماجه (2524) من طريق حَمَّاد بن سلمة عن قتادة به، بلفظه، قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (6/ 3263): «قال أبو داود والترمذي: «لَمْ يروه إلَّا حَمَّاد بن سلمة عن قتادة عن الحسن»، ورواه شعبة عن قتادة عن الحسن مرسلا، وشعبة أحفظ مِن حَمَّاد، وقال علي بن المديني: «هو حديث منكر»، وقال البخاري: «لا يصح»».

(3) في (ع): (يؤجر).

(4) في (ع): (كان مِن غير جهته).

(5) في (ع): (يملكهما).

يشاء؛ كسائر الأجانب.

فهذا فاسد؛ لأنَّ[1] الله تعالى أمَرَ بِبِرِّ الوالدين والإحسان إليهما، وتركِ أذيَّتِهما بالقول: «أُفٍّ»، فضلا عمَّا زاد عليه، وفي تبقيتهما رِقًّا[2] له إبطالٌ لهذه المعاني.

ولأنَّه يلزمه إحياؤهما بالنَّفقة؛ فالعتق وإزالة الرِقِّ أولى.

فأمَّا الخبر؛ فلا تَعَلُّق فيه، لأنَّ مفهومه: «فيشتريَه فيعتق عليه» أو «ليعتق عليه»؛ لأنَّه لو لَمْ يكن كذلك لَمْ يكن لذِكر شرائه معنى.

ولأنَّ إضافة العتق إليه لا تقتضي فعله، وإنَّما تقتضي أنْ يكون بشرائه ومِنْ جهته وسببه، كما قال ﷺ: «النَّاس غاديان؛ بائع نفسه فموبِقُها، ومشتري نفسه فمعتقها»[3]؛ لَمْ يُرِدْ أنَّه يفعل إعتاق نفسه، لكنْ أنَّه سبب ذلك، كذلك هذا، والله أعلم.

فصل:

فأمَّا الشافعي؛ فاستَدلَّ أصحابُه بأنْ قالوا:

لأنَّ الأخوة قرابة بعُدت عن حرمة الولادة؛ فوجب ألَّا تتضمن العتق بالملك؛ كبني العمومة.

---

(1) في (ع): (فإن).

(2) في (ع): (أرقاء).

(3) رواه أحمد في «المسند» (22902) والترمذي (3517) وابن ماجه (208) مِن حديث أبي مالك الأشعري، بمعناه، قال الترمذي: «هذا حديث صحيح».

ولأنَّها قرابة لا تتضمن رَدَّ الشهادة؛ أصله: الخُؤُولَة[1].

ولأنَّ الأحكام المتعلقة بالنسب على ثلاثة أضرب:

ضرب لا يتجاوز[2] الوالدِينَ والمولودين؛ كرَدِّ الشَّهادة، ومَنْعِ القصاص، ودفْعِ الزَّكاة،[3] ولزومِ النَّفقة مع اختلاف الدِّينَيْنِ.

وضرب يَتجاوز ويَتعدَّى إلى الأقارب؛ كالميراث.

وضرب يتعلق بالرحم المَحْرَم؛ كالنِّكاح.

فلا يخلو العتق بالملك أنْ يكون مُعتبَرا بأحدها:

وقد ثبت أنَّه ليس كالميراث؛ لأنَّه لا يَتعدَّى إلى بني العمومة كتعدي الميراث، لأنَّ مَنْ مَلَكَ ابنَ عمِّه لَمْ يعتق عليه، ولو مات لَوَرِثَه.

وثبت أنَّه ليس كالنكاح.

فوجب أنْ يكون مردودا إلى الأحكام التي لا يتعداها.

ودليلنا: قوله ﷺ: «مَنْ ملك ذا رحم مَحْرَم فهو حُرٌّ»[4].

ولأنَّ الأخوة نسب تحجب به الأُمُّ عن الثلث إلى السدس؛ كالولادة.

ولأنَّه نسب يُعصِّب ذَكَرُهم أُنْثاهم؛ كالولد.

والمعنى في بني العمومة عكس أحد هذين المعنيين.

---

(1) في (ع): (الخولة).

(2) في (ع): (يجاوز).

(3) في (خ) زيادة: (وضرب يتعلق)، وحذفها أليق كما في (ع).

(4) تقدم تخريجه (ص: 575).

وأمَّا الأحكام التي زعموا أنَّها لا تَتعدَّى الوالِدِينَ والمولودِينَ؛ فلسنا نوافقهم على شيء منها.

[أمَّا امتناع][1] القصاص؛ فلا أصل له، لأنَّا نثبته بَيْنَ الأب وابنه.

وأمَّا ردُّ الشهادة؛ فإنَّ الأخ يشارك الأب والابن فيه على وجه، وهو في القذف وما أشبهه، وكذلك يشاركهم فيه مَنْ لا نَسَبَ له، وهو الزوج والزوجة.

وأمَّا أخذ[2] الزكاة وسقوط النفقة أو وجوبها؛ فإنَّ ذلك يتعداهما إلى ابن العمِّ وغيره.

فبطل ما قالوه، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا أصحاب أبي حنيفة؛ فاستدَلُّوا بالخبر، وهو قوله ﷺ: «مَنْ ملك ذا رحم مَحْرَم فهو حُرٌّ»[3].

قالوا: ولأنَّه ذو رحم محرَّم بالنسب؛ فأشبه الوالد والولد.

ونحن نذكر الكلام في تفصيل المسائل، فنقول:

كُلُّ مَنْ [حَلَّتْ][4] لي[5] ابنته بعقد نكاح وملك يمين؛ لَمْ يعتق هو عَلَيَّ بالملك، أصله: ابن العمِّ، لا خلاف أنَّه لا يُعتق بالملك.

---

(1) في (خ): (ولامتناع)، والمثبت مِن (ع).

(2) في (ع): (دفع).

(3) تقدم تخريجه (ص: 575).

(4) في (خ): (حلّف)، والمثبت مِن (ع).

(5) في (ع): (إليَّ).

وذلك؛ أنَّ بنت عمِّي تَحِلُّ لي بالملك والعقد، وكذلك بنت ابن عمِّي.

عكسه: مَنْ شئت مِنْ الولد والوالد والإخوة؛ أنَّ بناتِهم لَمَّا حَرُمْنَ عليَّ وجب عتق آبائهنَّ.

ولأنَّ كُلَّ جنس يرث [ذكورهم دون إناثهم فلا يعتقون بالملك؛ أصله][1]: ما ذكرنا مِنْ بني العمِّ؛ لأنَّ بنات العمِّ لا [يَرِثْنَ، ويرث بنو العمِّ، وكذلك][2] العمُّ والعمَّةُ وابنُ الأخ وبنتُ[3] الأخ.

عكسه: الأخ والأخت [والجَدُّ][4] والجَدَّةُ.

فأمَّا الخبر؛ فمخصوص.

والمعنى في الولد عكس ما قلناه؛ وهو أنَّ بنته لا تَحِلُّ بوجه.

وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَن أَعتقَ [و/ 400] **حاملا كان جَنينُها حرًّا معها).**

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لِمَا ذكرناه؛ أنَّ كُلَّ ولد حدث عن غير ملك يمين مِنْ تزويج أو زنى

(1) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(2) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(3) في (ع): (بنات).

(4) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

فإنَّه تابع لأمِّه في الحريَّة والعبودية وعقودها؛ اعتبارا بالأمَةِ تُزَوَّجُ[1]، وكذلك في كُلِّ عقد لا سبيل إلى حَلِّهِ.

ولأنَّه لا يوجد في الأصول حُرَّةٌ حامل[2] بعبد، وإنَّما يوجد أمَةٌ حاملة[3] بحُرٍّ؛ فوجب ما قاله[4].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يُعتَقُ في الرِّقاب[5] الواجبةِ مَنْ فيه مَعْنىً مِنْ عِتقٍ أو تَدْبيرٍ[6] أو كتابةٍ أو غيرِها، ولا أعمى، ولا أقْطَعُ اليدِ وشِبْهُه، ولا مَنْ على غيرِ الإسلام).

قال القاضي -رحمه الله-:

قد ذكرنا هذا في «كتاب[7] الظِّهار» و«كتاب الأيمان والنذور»، وفصَّلنا القول فيه، فلا معنى لتكراره[8].

---

(1) في (ع): (تتزوج).

(2) في (ع): (حاملة).

(3) في (ع): (حامل).

(4) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 355).

(5) في (ع): (الكفارة).

(6) في (ع): (مِنْ عِتقِ تَدْبيرٍ)، وفي متون الرسالة: (مِن عتق بتدبير).

(7) في (ع): (باب).

(8) ينظر ما سبق (7/ 450).

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ولا يَجوز عِتقُ الصبيِّ، ولا المُوَلَّى عليه).

قال القاضي -رحمه الله-:

وهذا لأنَّ الصبِيَّ ليس [1] مِنْ أهل التَّكليف، فلَمْ يصِحَّ إعتاقه؛ كالمجنون.

ولأنَّ القلم مرفوع عنه، فلَمْ يكن لقوله حكم؛ كالمغلوب.

ولأنَّه مِمَّنْ لا يصحُّ طلاقه، فلَمْ يصِحَّ عتاقه[2]؛ كالنائم، ومَنْ لا عقل له.

ولأنَّه إزالة ملك، فلَمْ يجُزْ قول الصَّبي فيه؛ أصله: الطلاق والإبراء مِن الدُّيُونِ.

ولا يشبه هذا وصيته؛ لأنَّها تقع بعد موته في حالٍ قد أُمِنَ عليه الفقرُ فيها.

ولا[3] ما قاله ابن القاسم مِنْ أنَّه «إذا تزوج جاز إنْ رآه الوَلِيُّ حَظًّا»؛ لأنَّ التزويج ليس بإتلاف مال، والعتقَ [إتلافُ مال][4].

وأمَّا المُوَلَّى عليه، فلا ينفذ [قوله في مالِهِ] لثبوت الحَجْر عليه، ولو [كان قوله ينفذ في إتلاف] مالِهِ لَمْ ينفع الحَجْرُ عليه شيئا، [والله أعلم][5].

---

(1) في (ع) زيادة: (هو).

(2) في (ع): (ولأنَّ مَن لا يصح طلاقه لا يصح إعتاقه).

(3) في (ع): (ولأن).

(4) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع) في مواطن متكررة، اكتفيت بوضعها بين معقوفين دون إشارة في الهامش.

(5) نقله عن المصنف الفاكهاني في شرح الرسالة (5/ 357).

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

[(والوَلاءُ لمَن أعتقَ، لا يَجوز بَيعُه ولا هِبتُه).

قال القاضي -رحمه الله-:]

إنَّما قال ذلك لأنَّ رسول الله [ﷺ قال: «إنَّما الولاء لمَنْ أعتق»]، وهو مروي في «الموطأ» مِنْ عدة طرق[1].

وقال ﷺ: [«الولاء لحمة كلحمة] النَّسب»[2].

ورَوى مالك عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر: «أنَّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته»[3].

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومَنْ أعتَقَ عن رجلٍ فالوَلاءُ للرَّجُلِ).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا قول أصحابنا جميعا، وسواء أعتقه عنه بإذنه أو بغير إذنه.

---

(1) «الموطأ» (2893) (2894) (2895)، ومِن طريقه البخاري (6752) ومسلم (1504).

(2) قال الذهبي في «المهذب» (8/ 4318): «روي من أوجه كلها ضعيفة»، وينظر «التلخيص الحبير» لابن حجر (6/ 3266).

(3) «الموطأ» (2896)، ورواه البخاري (2535) ومسلم (1506) مِن طرق عن عبد الله ابن دينار به، بلفظه.

وقال أبو حنيفة والشافعي: الولاء للمُعتِق، لا للمُعتَق عنه؛ هذا إذا أعتقه بغير إذنه، فإنْ أعتقه بإذنه؛ فالولاء للمُعتَق عنه[1][2].

واستدلوا: بحديث بريرة، أنَّ عائشة -رضوان الله عليها- جعلت الولاء لنفسها، فقال رسول الله ﷺ: «إنَّما الولاء لمَنْ أعْتَقَ»[3].

ولقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[4]؛ فجعل الولاء كالنسب، فلَمَّا تقرر أنَّ الحَيَّ إذا أُلْحِقَ نسبًا بالحَيِّ بغير إذنه لا يلحق به؛ كذلك الولاء.

ولأنَّها حُرِّيَّةٌ وقعت في ملك؛ فوجب أنْ يكون الولاء لِمَنْ له ذلك[5] الملك؛ أصله: إذا أعتقه عن نفسه.

ودليلنا: هو أنَّه إذا أعتقه عن غيره فقد مَلَّكَه إيَّاه بشرط إعتاقه عنه، فكان كالوكيل؛ أنه إذا أعتق عبد غيره عنه فإنَّ الولاء للمُعتَقِ عنه دون الوكيل.

ولأنَّا قد اتفقنا على أنَّه إنْ أَذِنَ له في ذلك فإنَّ الولاء[6] لا يكون له دون مَنْ تولَّى إعتاقَه، والعلَّة فيه حصول العتق عنه، فكان الولاء تابعا للعتق[7].

---

(1) في «الأصل» للشيباني (6/ 380): «قال أبو حنيفة: إذا أعتق الرجل عن الرجل عبدا بإذنه أو بغير إذنه؛ فالعتق جائز، والولاء لمَنْ أعتَقَ، ولا يكون للمعتَقِ عنه ولاء».

والقول بأنَّ الولاء للمعتَقِ عنه إذا كان بإذنه هو قول أبي يوسف كما في «الأصل» (5/ 19).

(2) «الأم» (5/ 288)، «الحاوي الكبير» (10/ 482).

(3) رواه البخاري (6751) ومسلم (1504).

(4) تقدم قريبا (ص: 582).

(5) في (ع): (لمن ملك ذلك).

(6) في (ع): (فالولاء).

(7) في (ع): (للمعتق).

ونفرض الكلام في السائبة؛ وهو الذي[1] يقول لعبده: «أنت حُرٌّ لوجه الله» أو «للمسلمين»؛ [فإنَّ الولاء [عندنا][2] يكون للمسلمين][3]، وعندهم[4] يكون للمُعتِق، فنقول: إنَّ الولاء كالنَّسب.

وقد ثبت أنَّ للإنسان إدخالَ النسب على غيره بغير اختيار[5]، بدليل [أنَّه ينكح][6] ويتسرَّى فيولد له، فيدخل النسب على [العصبة][7] بغير اختيارهم؛ وكذلك يدخل الولاء على غيره بغير اختيار[8].

وقد رَوى مالك عن عبد الرحمن بن أبي عَمْرَةَ الأنصاري عن القاسم بن محمد أنَّ سَعْدَ بن عُبادة قال: يا رسول الله، إنَّ أُمِّي هلكت، فهل ينفعها أنْ أعتق عنها؟ فقال رسول الله ﷺ: [و/401] «نعم، أعتق عنها»[9]، والمنفعة هاهنا

---

(1) في (ع): (وهو أنَّ الرجل).

(2) في (ع): (عنده)، والمثبت أليق، قال في «بداية المجتهد» (4/ 145): «وعند مالك أنَّه مَنْ قال لعبده: «أنت حُرٌّ لوجه الله وللمسلمين»؛ أنَّ الولاء يكون للمسلمين، وعندهم يكون للمعتِق».

(3) زيادة مِن (ع).

(4) في (ع): (وعنده).

(5) في (ع): (اختياره).

(6) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(7) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(8) في (ع): (اختياره).

(9) رواه مالك في «الموطأ» (2887)، والبيهقي في «معرفة السنن والآثار» (12867)، وقال: «هذا مرسلٌ، ورُوي مِن وجه آخر عن الحسن عن النبي ﷺ مرسلا، وعن عطاء بن أبي رباح عن النبي ﷺ مرسلا»، وقال ابن عبد البر في التمهيد (20/ 26): «هذا حديث منقطع؛ لأن القاسم لم يلق سعد بن عبادة، ولكن قصة سعد بن عبادة وحديثه في ذلك قد روي من وجوه كثيرة، متصلة
=

ثواب العتق، والولاء حاصل عن العتق[1]، فلا[2] يجوز أنْ يفترقا، ووجب أنْ يكون الولاء تابعا للثواب.

فأمَّا قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ﴾ [المائدة:103]؛ فإنَّه وارد فيما كانت العرب تفعله مِنْ تَسْيِيبِ الإبل ومَنْعِ الانتفاع بها والتَّصرُّفِ فيها وجعلِها للأصنام، فيَضُمُّون إلى شركهم بأنْ يعتقوا ما لا يصِحُّ[3] إعتاقُه.

فأمَّا مسألتنا: فهو أنْ يعتق الإنسان عبده عن المسلمين، وهذا لا يمنع مِنْه.

فأمَّا قوله ﷺ: «الولاء لمَنْ أعتق»؛ فإنَّ حقيقته وإنْ كانت فيمَنْ تولَّى فِعْلَ الإعتاق، فإنَّ السابق إلى وهم[4] السامع مِنْ ظاهره: مَنْ حَصَلَ له ثوابُ العتق، كما أنَّ ذلك مفهوم في الوكيل.

وقولهم: «إنَّ الحي إذا أُلحِق[5] نسبا بغير إذنه لا يصح[6]؛ كذلك الولاء»؛ باطلٌ بما ذكرناه: أنَّ الإنسان ينكح ويتسرَّى فيلحق ذلك النسب بعصبته،

ومنقطعة، صحاح كلها، وهو حديث مشهور عند أهل العلم من حديث سعد بن عبادة وغيره، إلا أن الرواية في ذلك مختلفة المعاني؛ فمنها الصدقة عن الميت، ومنها العتق عن الميت، ومنها الصيام عن الميت، ومنها قضاء النذر مجملا...».

(1) في (ع): (المعتق).

(2) في (ع): (ولا).

(3) في (ع): (يصلح).

(4) في (ع): (فهم).

(5) في (ع): (لحق).

(6) في (ع): (لا يصلح).

شاؤوا أم أبَوْا؛ كذلك الولاء.

وأمَّا إذا أعتقه عن نفسه؛ فشاهد لنا أنَّ الولاء تبع للعتق[1]، فلَمَّا حصل العتق عنه؛ فكذلك الولاء حصل له.

وفي مسألتنا حصل بالعتق[2] عن غيره؛ فيجب أنْ يكون الولاء لمَنْ له العتق، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ولا يكونُ الوَلاءُ لمَن أسْلَمَ على يَدَيْهِ، وهو للمسلمين).

قال القاضي أبو محمد -رحمه الله-:

نُقَدِّمُ أوَّلًا الكلامَ في أنَّ مَوْلَى المُوالاة لا يرث، ثُمَّ نعود إلى مسألة الكتاب.

هذا[3] قولنا وقول الشافعي[4].

وقال أبو حنيفة: إنْ [والاه][5] كان له ولاؤه، وإلَّا لَمْ يكن له.

و[عنده][6] أنَّ الرَّجلين إذا لَمْ يكن بَيْنَهما نسب معروف [فوَالى

(1) في (ع): (تبعا للمعتق).

(2) في (ع): (العتق).

(3) في (ع): (وهو).

(4) «الحاوي الكبير» (12/ 366).

(5) في (خ): (ولاه)، والمثبت مِن (ع).

(6) في (خ): (وعندنا)، والمثبت مِن (ع).

أحدُهما][1] الآخرَ على أنْ يتوارثا أو[2] يتعاقلا فيصِحُّ[3] ذلك، ويتوارثان ويتعاقلان[4].

ولكُلِّ واحد أنْ يفسخَ المولاة ويواليَ غيرَه ما لَمْ يعقل أحدهما عن صاحبه، فإنْ عقل عنه لزمته المولاة، ولَمْ يكن لأحدهما فسخُها[5].

والذي يدُلُّ[6] على ما قلناه:

قوله ﷺ: «إنَّما الولاء لمَنْ أعتق»[7]؛ فانتفى بذلك أنْ يكون ولاء لغير مُعتِق.

ولأنَّ الموالاة سبب لا يورث به مع وجود النسب؛ فلَمْ يورث به مع فقده، أصله: إذا أسلم على يدي رجل[8]، عكسه: الزوجية [والولادة][9]، لَمَّا ورث بهما مع وجود النسب؛ فكذلك مع فقده.

ولأنَّ[10] مَنْ كانت له جهة ينتقل مالُه إليها بعد موته لَمْ يكن له نقله عنها

(1) خرم في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(2) في (ع): (و).

(3) في (ع): (فإنَّه يصح).

(4) في (ع): (يتوارثان به ويتعاقلا).

(5) «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (4/ 132).

(6) في (ع): (والدليل).

(7) رواه البخاري (6751) ومسلم (1504).

(8) في (ع): (إذا أسلم رجل على يد رجل).

(9) في (خ) و(ع): (والولاء)، ولعل المثبت أليق بالسياق.

(10) في (ع): (ولأنَّ كلَّ).

بالموالاة؛ أصله: إذا كان له مناسب أو مولى.

ولأنَّ المسلمين يعقلون عنه؛ فلَمْ يكن له نقل ميراثهم عنه بالموالاة؛ أصله: المناسبون.

واحتجَّ المخالف:

بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَاقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء:33]، وموالي الموالاة مِمَّنْ عاقدتْ أيمانُنا؛ فكان له نصيب.

فالجواب: أنَّ هذه الآية نزلت في التحالف الذي كان في الجاهلية، فأُقِرَّ النَّاس عليه في صدر الإسلام دون الموالاة التي نختلف فيها، ويدُلُّ على ذلك أنَّه عَلَّقَ الاستحقاق فيها باليمين.

وعند أبي حنيفة أنَّ عقد اليمين لا يؤثر في استحقاق الإرث[1].

ثُمَّ لو ثبت ما قالوه لكان منسوخا[2] بآية المواريث.

كذلك رُوي عن ابن عباس أنَّه قال: كان النَّاس في صدر الإسلام يتوارثون بالحِلف والنُّصرة، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَاقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء:33]، فنُسخ ذلك بآية المواريث[3].

وقد رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «لا حِلْفَ في الإسلام»[4]، معناه: لا حكم

(1) «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (4/ 132).

(2) في (ع): (لكانت منسوخة).

(3) رواه البخاري (6747) مِن طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس به، بمعناه.

(4) رواه مسلم (2530) مِن حديث جبير بن مطعم.

له في [الإرث][1] على ما كان يُفعل أوَّلا.

قالوا: ورُوي أنَّ تميما الدَّاريَّ قال: يا رسول الله، ما السنَّة في رجل أسلم على يدي رجل؟ قال: «هو أحَقُّ به في محياه ومماته»[2].

فالجواب: أنَّ هذا ليـ[ـس في][3] الموالاة، على أنَّ معناه: في نُصرته والقيام بأموره وتَوَلِّي[4] دفنه إذا مات.

قالوا: ولأنَّ مَنْ [ليس][5] له نسب معروف فلا وارث لماله بعينه؛ فجاز له نقله إلى مَنْ شاء؛ كثلثه له نقله بالوصيَّة إلى مَنْ شاء.

فالجواب: أنَّ المعنى في ثلثه أنَّ له نقله إلى مَنْ شاء بالوصية إذا كان له وارث بعينه مِنْ مناسب أو مولى، وكذلك مع عدم الوارث.

وليس كذلك جميع المال؛ لأنَّه لو كان له وارث بعينه لَمْ يكن له نقله إلى غيره، فكذلك إذا لم يكن له وارث بعينه.

وقد يُعكس بأنْ يقال: كُلُّ مَا[6] لَمْ يكن له وارث بعينه فلا يجوز[7] نقله إرثا

(1) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(2) رواه أبو داود (2918) والترمذي (2112) وابن ماجه (2752)، وقال الترمذي: «هو عندي ليس بمتصل».

(3) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(4) في (ع): (وتولية).

(5) زيادة مِن (ع)، وهي أليق بالسياق.

(6) في (ع): (مَنْ).

(7) في (ع): (فلا يكون).

إلى أحد بعينه؛ كالثلث، وفيه نظر.

قالوا: ولأنَّ الإرث يجري من[1] الرجال والنساء بثلاثة أشياء؛ النسب والولاء[2] والنكاح، فوجب [و/402] أنْ يجريَ بَيْنَ كُلِّ صنف مِنْ[3] صنفه بثلاثة أوجه، وليس ذلك إلَّا ما قلناه، فتكون الموالاة بإزاءِ الزوجية.

فالجواب: أنَّ هذا يؤدِّي إلى خلاف مذهبهم؛ لأنَّ عندهم أنَّ الإرث يجري بَيْنَ الرجال والنساء على أربعة أوجه مع إثبات الموالاة، وعلى أنَّ الزوجية لَمَّا كانت يورث بها مع وجود النسب جاز أنْ تكون سببا مِنْ أسباب الإرث، وليس كذلك الموالاة؛ لأنَّه لا يورث بها مع وجود النسب بوجه، فلَمْ تكن [له][4] سببا مِنْ أسباب الإرث، وبالله التوفيق.

فصل:

فأمَّا قوله: (**إنَّ مَنْ أسلم على يَدَيْ رَجُلٍ فلا وَلَاءَ له عليه**[5])؛ فهذا قولنا وقول فقهاء الأمصار، وحُكي[6] عن إسحاق[7] أنَّه أثبت له[8] عليه الولاء ويرثه[9].

---

(1) في (ع): (بين).

(2) في (ع): (الولاء والنسب).

(3) في (ع): (وبين).

(4) زيادة من (ع).

(5) في (ع): (فلا ولاية له).

(6) في (ع): (وجاء).

(7) هو ابن راهويه.

(8) في (ع): (يثبت).

(9) «الأوسط» لابن المنذر (6977).

فدليلنا: قوله ﷺ: «الولاء لمَنْ أعتق»[1]، فجعل مِنْ [شروط][2] ثبوته الإعتاق؛ فخرج ما عداه مِنْ حُكْمِه.

ولأنَّ الولاء إنَّما ثبت[3] بالإنعام، ولا إنعامَ[4] لمَنْ أسلم على يديه، فلَمْ يكن مِنْ جهته ما يثبتُ[5] له الولاء مِنْ أجله.

وقد أجبنا عن الأخبار التي يَرْوُونَها[6] في هذا، وبالله التوفيق.

مسألة

قال -رحمه الله-:

(ووَلاءُ ما أعتَقَت المرأةُ لها).

قال القاضي -رحمه الله-:

هذا لقوله ﷺ[7]: «الولاء لمَنْ أعتق»[8]؛ فعَمَّ.

ولأنَّه شخص يعتق[9] عن نفسه، فكان الولاء له؛ كالرجل.

(1) رواه البخاري (6751) ومسلم (1504).

(2) في (خ): (شرطه)، والمثبت مِن (ع).

(3) في (ع): (يثبت).

(4) في (ع): (والإنعام).

(5) في (ع): (ثبت).

(6) في (ع): (يروون).

(7) في (ع): (إنَّما قال هذا لقوله:).

(8) رواه البخاري (6751) ومسلم (1504).

(9) في (ع): (معتِق).

مَسۡأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:[1]

(ووَلاءُ [مَنْ يَجُرُّ][2] مِن وَلِدٍ أو عَبْدٍ أعْتَقَتْه).

[قال القاضي -رضي الله عنه-:][3]

وهذا لأنَّ ذلك يرجع إلى إعتاقها، والمرأة ترث ولاءَ ما باشرته بالعتق، وإنَّما يمنع[4] ذلك فيما أعتقه غيرها أنْ ترث ولاءه.

ولأنَّ كُلَّ مَنْ ورثَ ولاءَ عِتْقٍ مباشرةً[5] ورثَ ما حدث عنه؛ كالرَّجل.

مَسۡأَلَةٌ

قال -رحمه الله-[6]:

(ولا تَرِثُ ما أعْتَقَ غيرُها مِن أبٍ أو ابنٍ أو زوجٍ أو غيرِه).

[قال القاضي -رضي الله عنه-:][7]

---

(1) في (خ): (فصل: قال)، والمثبت مِن (ع)، وهو على منهجه في استئناف جزء لَمْ يسبق له ذكره مِن المتن.

(2) في (خ): (ما يحدث)، والمثبت مِن (ع) ونسخ متن «الرسالة».

(3) زيادة مِن (ع).

(4) في (ع): (يمتنع).

(5) في (ع): (ولأنَّ كلَّ مَن ورث عتق ما باشر)، وفي «المعونة» (3/ 1461): (ولأنَّ كلَّ مَنْ ورث ولاءَ ما أعتق مباشرةً...).

(6) في (خ): (فصل: قال)، والمثبت مِن (ع).

(7) زيادة مِن (ع).

وهذا كما قال؛ الولاء يرثه الذكور مِنْ ولد المُعتِق وعصبتِه دون الإناث، وهو عندنا إجماع الصحابة.

وذُكر الخلاف فيه عن شريح[1]، [وقيل: إنَّه خالف][2] الصحابة فيه.

والدليل على ذلك: أنَّ الولاء إنَّما يورث بالتعصيب، والبنات لا تعصيب فيهنَّ، فلَمْ يرثْنَ [الولاء][3].

يُبيِّنُ ذلك؛ أنَّ الميراث يكون بثلاثة أوجه:

إمَّا بالرحم؛ كالولادة وما تعلَّق مِن النسب[4] بها.

أو بالصهر[5]؛ وهو النكاح.

أو بالتعصيب؛ وهو الولاء، لأنَّه ليس في العتق أكثرُ مِنْ النعمة التي حصلت به[6] مِنْ جهة المُعتِق، فجعلت عصبته[7].

وإذا كان كذلك[8]، لَمْ [يرثه][9] النساء؛ لأنَّهُنَّ لا يرثْنَ بالتعصيب، وإنَّما يرثن بالرحم، والرحمُ لا مدخل للولاءِ فيها.

---

(1) «الأوسط» لابن المنذر (6967).

(2) في (خ): (وفيه أنَّه خلاف)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

(3) في (خ): (بالولاء)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

(4) في (ع): (سبب).

(5) في (ع): (المهر).

(6) في (ع): (له).

(7) في (ع): (عصبة).

(8) في (ع): (فإذا كانت هذه).

(9) في (خ): (يرث)، والمثبت مِن (ع)، وهو أليق بالسياق.

ولأنَّ النسب أقوى في التوريث[1] مِن الولاء؛ بدليل أنَّه لا يورث بالولَاءِ وهناك مِن النسب ما يورث به.

وإذا كان كذلك، ثُمَّ لَمْ يكن للنساء مدخل في التوريث بما تراخى مِن النسب؛ كان بأنْ لا يكون لهُنَّ مدخل في الإرث بالولاء أولى، ألَا ترى أنَّ بنت الأخ وبنت العَمِّ أقرب مِنْ بنت المولى.

فإنْ قيل: إذا ورثت ولاء ما أعتقت جاز أنْ ترث ولَاءَ ما أعتق غيرُها؛ كالرجل.

قلنا: الفرق بَيْنَ الموضعين؛ أنَّها إذا أعْتَقَتْ هي فقد حصلت عصبة لمَنْ أعتقَتْه، وإنَّما يمنع أن تكون عصبة فيما ترث عن فعل غيرها.

ثُمَّ المعنى في الرجل أنَّه يرث بالنسب المتراخي، والمرأة بخلاف ذلك.

والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

قال -رحمه الله-:

(ومِيراثُ السَّائبةِ لجماعةِ المسلمين).

قال القاضي -رحمه الله-:

قد ذكرنا [هذا فيما][2] تقدم، وبَيَّنَّا [القول][3] فيه[4].

(1) في (ع): (أقوى أمر في التوريث به).

(2) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(3) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(4) ينظر ما تقدم (ص: 584).

مَسْأَلَةٌ

[قال -رحمه الله-:][1]

(والوَلاءُ للأقْعَدِ مِن عَصَبةِ المَيِّتِ الأوَّلِ[2]، فإنْ تَركَ ابنين[3] فورِثَا وَلاءَ مَوْلىً لأبيهما ثُمَّ مات أحدُهما وتَركَ بنين رَجعَ الوَلاءُ إلى أخيه دون بَنِيه، وإنْ مات واحدٌ وتَركَ ولدا ومات أخوه وتَركَ وَلَدَيْن فالوَلاءُ بَيْنَ الثلاثةِ أثْلاثًا).

[قال القاضي -رضي الله عنه-:][4]

وهذا لأنَّ الابنَ الباقيَ أقربُ عَصَبَةً بمولاه، كما لو كان المولى هو الميت. [و/ 403]

وقد رُوي عن سعيد بن المسيب، عن النبي ﷺ أنَّه قال: «المولى [5] أخٌ في الدِّين ونعمة، يرثه أولى النَّاس بالمُعْتَق[6]»[7].

وهذا الذي قلناه هو قول جمهور أهل العلم.

وحُكي عن شُرَيْح أنَّه قال فيمَنْ أعتق عبدا [ومات][8]، وترك أخوين، ثُمَّ

---

(1) طمس في (خ)، والمثبت مِن (ع).

(2) في (خ): (الأول فالأول)، والمثبت من (ع) ومتن «الرسالة».

(3) في (ع): (اثنين).

(4) زيادة مِن (ع).

(5) في (خ) زيادة لفظة: (الحربي)، والمثبت من (ع) ومصادر التخريج.

(6) في (ع): (بالعتق).

(7) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» (21501) من طريق الزهري مرسلا.

(8) زيادة مِن (ع).

مات أحدُ الأخوين وترك ابنًا: إنَّ حصَّة الميت لابنه دون أخيه[1].

واحتجَّ بأنْ قال: لأنَّ السيد حين مات ورث أخواه مالَهُ وولاء مولاه، فإذا مات أحدهما كان[2] حقه مِن الولاء لابنه، وورث به مِن العبد كما يرث الشريكان في العبد إذا أعتقاه.

وهذا غير صحيح؛ لأنَّ الولاء لا يورث، وإنَّما يورث به؛ كما أنَّ النَّسَب لا يورث، وإنَّما يورث به؛ ولذلك قال[3] ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[4].

ويُبَيِّنُ ذلك أنَّه لو كان مَوروثًا كالمال لورثه الزوجات والبنات، وفي منع ذلك دليل على بطلان هذا، وثبوت كونه موروثا[5] به، فيرث به أقرب الناس عصبة بالمعتق، والله أعلم.

وأمَّا (إذا مات أحدهما وترك ولدا ومات الآخر وترك وَلَدَيْنِ؛ فإنَّ الولاء يكون أثلاثًا) بَيْنَ[6] الجميع لتساويهم في القرب مِن الميت المُعتِق[7].

وبالله التوفيق.

---

(1) «مصنف ابن أبي شيبة» (32221).

(2) في (ع): (فإن).

(3) في (ع): (وكذلك قوله).

(4) تقدم تخريجه (ص: 582).

(5) في (ع): (وارثا).

(6) في (ع): (مِن).

(7) نقله عن المصنف صالح الهسكوري في شرح الرسالة [79/ ب-أزهرية].

قَائِمَةُ ٱلْمُحْتَوَيَاتِ



قَائِمَةُ المُحْتَوَيَاتِ

117 مسألةٌ: وَمَا تَوَلَّدَ مِنْ لُحُومِ الجِنْسِ الوَاحِدِ مِنْ شِحْمٍ فَهُوَ كَلَحْمِهِ.

119 مسألةٌ: وَأَلْبَانُ ذَلِكَ الصِّنْفِ وَجُبْنُهُ وَسَمْنُهُ صِنفٌ.

119 مسألةٌ: وَمَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ إِذَا كَانَ شِرَاؤُهُ ذَلِكَ عَلَى وَزْنٍ أَوْ كَيْلٍ أَوْ عَدَدٍ، بِخِلَافِ الجِزَافِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ طَعَامٍ أَوْ إِدَامٍ أَوْ شَرَابٍ إِلَّا المَاءَ وَمَا يَكُونُ مِنَ الأَدْوِيَةِ وَالزَّرَارِيعِ الَّتِي لَا يُعْصَرُ مِنْهَا زَيْتٌ فَلَا يَدْخُلُ ذَلِكَ فِيمَا يَحْرُمُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ أَوِ التَّفَاضُلِ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ مِنْهُ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الطَّعَامِ القَرْضِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى، وَلَا بَأْسَ بِالشَّرِكَةِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالإِقَالَةِ فِي الطَّعَامِ المَكِيلِ قَبْلَ قَبْضِهِ.

128 مسألةٌ: وَكُلُّ عَقْدِ بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ أَوْ كِرَاءٍ بِخَطَرٍ أَوْ غَرَرٍ فِي ثَمَنٍ أَوْ مَثْمَنٍ أَوْ أَجَلٍ فَلَا يَجُوزُ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الغَرَرِ، وَلَا شَيْءٍ مَجْهُولٍ، وَلَا إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ.

130 مسألةٌ: وَلَا يَجُوزُ فِي البُيُوعِ التَّدْلِيسُ، وَلَا الغِشُّ، وَلَا الخِلَابَةُ، وَلَا الخَدِيعَةُ، وَلَا كِتْمَانُ العُيُوبِ، وَلَا خَلْطُ دَنِيٍّ بِجَيِّدٍ، وَلَا أَنْ يَكْتُمَ مِنْ أَمْرِ سِلْعَتِهِ مَا إِذَا ذَكَرَهُ كَرِهَهُ المُبْتَاعُ أَوْ كَانَ ذِكْرُهُ لَهُ أَبْخَسَ لَهُ فِي الثَّمَنِ.

132 مسألةٌ: وَمَنِ ابْتَاعَ عَبْدًا فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ، أَوْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذُ ثَمَنَهُ، إِلَّا أَنْ يَدْخُلَهُ عِنْدَهُ عَيْبٌ مُفْسِدٌ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِقِيمَةِ العَيْبِ القَدِيمِ مِنَ الثَّمَنِ، أَوْ يَرُدَّهُ وَيَرُدَّ مَا نَقَصَهُ العَيْبُ عِنْدَهُ.

136 مسألةٌ: وَإِنْ رَدَّ عَبْدًا بِعَيْبٍ وَقَدِ اسْتَغَلَّهُ فَلَهُ غَلَّتُهُ.

137 مسألةٌ: وَالبَيْعُ عَلَى الخِيَارِ جَائِزٌ إِذَا ضَرَبَا لِذَلِكَ أَجَلًا قَرِيبًا إِلَى مَا تُخْتَبَرُ فِيهِ تِلْكَ السِّلْعَةُ أَوْ مَا تَكُونُ فِيهِ المَشُورَةُ.

149 مسألةٌ: وَلَا يَجُوزُ النَّقْدُ فِي الخِيَارِ وَلَا فِي عُهْدَةِ الثَّلَاثِ وَلَا فِي المُوَاضَعَةِ بِشَرْطٍ، وَالنَّفَقَةُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَالضَّمَانُ عَلَى البَائِعِ.

150 مسألةٌ: وَإِنَّمَا يُتَوَاضَعُ لِلاسْتِبْرَاءِ؛ الجَارِيَةُ الَّتِي لِلْفِرَاشِ فِي الأَغْلَبِ، أَوِ الَّتِي أَقَرَّ البَائِعُ بِوَطْئِهَا وَإِنْ كَانَتْ وَخْشًا.

151 مسألةٌ: وَلَا تَجُوزُ البَرَاءَةُ مِنَ الحَمْلِ إِلَّا حَمْلًا ظَاهِرًا، وَالبَرَاءَةُ فِي الرَّقِيقِ جَائِزَةٌ مِمَّا لَمْ يَعْلَمِ البَائِعُ.

165 مسألةٌ: وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ الأُمِّ وَوَلَدِهَا فِي البَيْعِ حَتَّى يُثْغِرَ.

168 مسألةٌ: وَكُلُّ بَيْعٍ فَاسِدٍ فَضَمَانُهُ مِنَ البَائِعِ، فَإِنْ قَبَضَهُ المُبْتَاعُ فَضَمَانُهُ مِنَ المُبْتَاعِ مِنْ يَوْمِ قَبَضَهُ، فَإِنْ حَالَتْ سُوقُهُ أَوْ تَغَيَّرَ فِي بَدَنِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ وَلَا يَرُدَّهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُوزَنُ أَوْث يُكَالُ فَلْيُرَدَّ مِثْلُهُ، وَلَا يُفِيتُ الرِّبَاعَ حَوَالَةُ الأَسْوَاقِ.

170 مسألةٌ: وَلَا يَجُوزُ سَلَفٌ جَرَّ مَنْفَعَةً.

172 مسألةٌ: وَلَا يَجُوزُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ، وَكَذَلِكَ مَا قَارَنَ السَّلَفَ مِنْ إِجَارَةٍ أَوْ كِرَاءٍ.

173 مسألةٌ: وَالسَّلَفُ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الجَوَارِي.

174 مسألةٌ: وَلَا تَجُوزُ الوَضِيعَةُ مِنَ الدَّيْنِ عَلَى أَنْ يُعَجِّلَهُ، وَلَا التَّأْخِيرُ بِهِ عَلَى الزِّيَادَةِ فِيهِ.

175 مسألةٌ: وَلا يُعَجَّلُ عَرْضٌ عَلَى الزِّيَادَةِ فِيهِ إِذَا كَانَ مِنْ بَيْعٍ، وَلا بَأْسَ بِتَعْجِيلِ ذَلِكَ مِنْ قَرْضٍ إِذَا كَانَتِ الزِّيَادَةُ فِي الصِّفَةِ.

176 مسألةٌ: وَمَنْ رَدَّ فِي القَرْضِ أَكْثَرَ عَدَدًا فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ فَقَدِ اخْتُلِفَ فِي ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ شَرْطٌ وَلا وَأْيٌ وَلا عَادَةٌ: فَأَجَازَهُ أَشْهَبُ، وَكَرِهَهُ ابْنُ القَاسِمِ وَلَمْ يُجِزْهُ.

177 مسألةٌ: وَمَنْ عَلَيْهِ دَنَانِيرُ أَوْ دَرَاهِمُ مِنْ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ مُؤَجَّلٍ فَلَهُ أَنْ يُعَجِّلَهُ قَبْلَ أَجَلِهِ، وَكَذَلِكَ لَهُ أَنْ يُعَجِّلَ العُرُوضَ وَالطَّعَامَ مِنْ قَرْضٍ لا مِنْ بَيْعٍ.

180 مسألةٌ: وَلا يَجُوزُ بَيْعُ ثَمَرٍ أَوْ حَبٍّ لَمْ يَبْدُ صَلاحُهُ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا بَدَا صَلاحُ بَعْضِهِ وَإِنْ نَخْلَةٌ مِنْ نَخِيلٍ كَثِيرَةٍ.

198 مسألةٌ: وَلا يَجُوزُ بَيْعُ مَا فِي الأَنْهَارِ وَالبِرَكِ مِنَ الحِيتَانِ.

201 مسألةٌ: وَلا بَيْعُ الجَنِينِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ، وَلا بَيْعُ مَا فِي بُطُونِ سَائِرِ الحَيَوَانِ، وَلا بَيْعُ نِتَاجِ مَا تُنْتَجُ النَّاقَةُ، وَلا بَيْعُ مَا فِي ظُهُورِ الإِبِلِ، وَلا بَيْعُ الآبِقِ وَالبَعِيرِ الشَّارِدِ.

203 مسألةٌ: وَنُهِيَ عَنْ بَيْعِ الكِلابِ، وَاخْتُلِفَ فِي بَيْعِ مَا أُذِنَ فِي اتِّخَاذِهِ مِنْهَا، وَأَمَّا مَنْ قَتَلَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ.

206 مسألةٌ: وَلا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ.

213 مسألةٌ: وَلا يَجُوزُ بَيْعَتَانِ فِي بَيْعَةٍ، وَذَلِكَ أَنْ يَشْتَرِيَ سِلْعَةً إِمَّا بِخَمْسَةٍ نَقْدًا أَوْ عَشْرَةٍ إِلَى أَجَلٍ قَدْ لَزِمَتْهُ بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ.

312 مسألةٌ: وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ، وَكَذَلِكَ غَيْرُهَا مِنَ الثِّمَارِ، وَالإِبَارُ فِي النَّخْلِ التَّذْكِيرُ، وَإِبَارُ الزَّرْعِ خُرُوجُهُ مِنَ الأَرْضِ.

314 مسألةٌ: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ.

341 مسألةٌ: وَلَا بَأْسَ بِشِرَاءِ مَا فِي العِدْلِ عَلَى البَرْنَامَجِ بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ.

343 مسألةٌ: وَلَا يَجُوزُ شِرَاءُ ثَوْبٍ لَا يُنْشَرُ وَلَا يُوصَفُ أَوْ فِي لَيْلٍ مُظْلِمٍ لا يَتَأَمَّلَانِهِ وَلَا يَعْرِفَا مَا فِيهِ، وَكَذَلِكَ الدَّابَّةُ فِي لَيْلٍ مُظْلِمٍ.

344 مسألةٌ: وَلَا يَسُومُ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ، وَذَلِكَ إِذَا رَكِنَا وَتَقَارَبَا، لا فِي أَوَّلِ التَّسَاوُمِ.

345 مسألةٌ: وَالبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالكَلَامِ وَإِنْ لَمْ يَفْتَرِقِ المُتَبَايِعَانِ.

364 مسألةٌ: وَالإِجَارَةُ جَائِزَةٌ إِذَا ضَرَبَا لَهَا أَجَلًا وَسَمَّيَا الثَّمَنَ.

368 مسألةٌ: وَلَا يَضْرِبْ فِي الجُعْلِ أَجَلًا فِي رَدِّ آبِقٍ أَوْ بَعِيرٍ شَارِدٍ أَوْ حَفْرِ بِئْرٍ أَوْ بَيْعِ ثَوْبٍ وَنَحْوِهِ.

371 وَلَا شَيْءَ لَهُ إِلَّا بِتَمَامِ العَمَلِ.

372 مسألةٌ: وَالأَجِيرُ عَلَى البَيْعِ إِذَا تَمَّ الأَجَلُ وَلَمْ يَبِعْ وَجَبَ لَهُ جَمِيعُ الأُجْرَةِ، وَإِنْ بَاعَ فِي نِصْفِ الأَجَلِ فَلَهُ نِصْفُ الإِجَارَةِ.

372 مسألةٌ: وَالكِرَاءُ كَالبَيْعِ فِيمَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ.

373 مسألةٌ: وَمَنْ اكْتَرَى دَابَّةً بِعَيْنِهَا إِلَى بَلَدٍ فَمَاتَتِ انْفَسَخَ الكِرَاءُ فِيمَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ الأَجِيرُ يَمُوتُ وَالدَّارُ تَنْهَدِمُ قَبْلَ تَمَامِ مُدَّةِ الكِرَاءِ.

الحَائِطِ إِلَّا مَا لَا بَالَ لَهُ مِنْ سَدِّ الحَظِيرَةِ وَإِصْلَاحِ الضَّفِيرَةِ وَهْيَ مُجْتَمَعُ المَاءِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُنْشِئَ بِنَاءَهَا، وَالتَّذْكِيرُ عَلَى العَامِلِ، وَتَنْقِيَةُ مَنَاقِعِ الشَّجَرِ، وَإِصْلَاحُ مَسْقَطِ المَاءِ مِنَ الغَرْبِ، وَتَنْقِيَةُ العَيْنِ، وَشِبْهُ ذَلِكَ جَائِزٌ أَنْ يُشْتَرَطَ عَلَى العَامِلِ.

443 مسألةٌ: وَلَا تَجُوزُ المُسَاقَاةُ عَلَى إِخْرَاجِ مَا فِي الحَائِطِ مِنَ الدَّوَابِ، وَمَا مَاتَ مِنْهَا فَعَلَى رَبِّه خَلَفُهُ.

443 مسألةٌ: وَنَفَقَةُ الدَّوَابِّ وَالأُجَرَاءِ عَلَى العَامِلِ.

444 مسألةٌ: وَعَلَيْهِ زَرِيعَةُ البَيَاضِ اليَسِيرِ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يُلْغَى ذَلِكَ لِلْعَامِلِ، وَهْوَ أَحَلُّهُ.

444 مسألةٌ: وَإِذَا كَانَ البَيَاضُ كَثِيرًا لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْخُلَ فِي مُسَاقَاةِ النَّخْلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْرَ الثُّلُثِ مِنَ الجَمِيعِ فَأَقَلَّ.

446 مسألةٌ: وَالشَّرِكَةُ فِي الزَّرْعِ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَتِ الزَّرِيعَةُ مِنْهُمَا جَمِيعًا وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا كَانَتِ الأَرْضُ لِأَحَدِهِمَا وَالعَمَلُ عَلَى الآخَرِ أَوِ العَمَلُ بَيْنَهُمَا وَاكْتَرَيَا الأَرْضَ أَوْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا.

447 مسألةٌ: وَأَمَّا إِنْ كَانَ البَذْرُ مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا وَمِنْ عِنْدِ الآخَرِ الأَرْضُ وَالعَمَلُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهِمَا وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا لَمْ يَجُزْ.

448 مسألةٌ: وَلَوْ كَانَا اكْتَرَيَا الأَرْضَ وَالبَذْرُ مِنْ عِنْدِ وَاحِدٍ وَعَلَى الآخَرِ العَمَلُ جَازَ إِذَا تَقَارَبَتْ قِيمَةُ ذَلِكَ.

504 مسألةٌ: وَالكِتَابَةُ جَائِزَةٌ عَلَى مَا رَضِيَهُ العَبْدُ وَسَيِّدُهُ مِنَ المَالِ مُنَجَّمٌ قَلَّتِ النُّجُومُ أَوْ كَثُرَتْ، فَإِنْ عَجَزَ رَجَعَ رَقِيقًا، وَحَلَّ لَهُ مَا أَخَذَ مِنْهُ.

520 مسألةٌ: وَلا يُعَجِّزُهُ إِلَّا السُّلْطَانُ بَعْدَ التَّلَوُّمِ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ التَّعْجِيزِ.

527 مسألةٌ: وَكُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا مِنْ مُكَاتَبَةٍ أَوْ مُدَبَّرَةٍ أَوْ مُعْتَقَةٍ إِلَى أَجَلٍ أَوْ مَرْهُونَةٍ.

528 مسألةٌ: وَوَلَدُ أُمِّ الوَلَدِ مِنْ غَيْرِ السَّيِّدِ بِمَنْزِلَتِهَا.

529 مسألةٌ: وَمَالُ العَبْدِ لَهُ إِلَّا أَنْ يَنْتَزِعَهُ السَّيِّدُ.

530 مسألةٌ: فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ وَلَمْ يَسْتَثْنِ مَالَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَزِعَهُ.

531 مسألةٌ: وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ.

534 مسألةٌ: وَمَا حَدَثَ لِلْمُكَاتَبِ وَالمُكَاتَبَةِ مِنْ وَلَدٍ دَخَلَ مَعَهَا فِي الكِتَابَةِ وَعَتَقَ بِعِتْقِهَا.

536 مسألةٌ: وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الجَمَاعَةِ، وَلا يُعْتَقُونَ إِلَّا بِإِذْنِ الجَمِيعِ.

532 مسألةٌ: وَلَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ عِتْقٌ وَلا إِتْلافُ مَالِهِ حَتَّى يُعْتَقَ.

532 مسألةٌ: وَلا يَتَزَوَّجُ وَلا يُسَافِرُ السَّفَرَ البَعِيدَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ.

541 مسألةٌ: وَإِذَا مَاتَ وَلَهُ وَلَدٌ قَامَ مَقَامَهُ وَأَدَّى مِنْ مَالِهِ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ حَالًا وَوَرِثَ مَنْ مَعَهُ مِنْ وَلَدِهِ مَا بَقِيَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي المَالِ وَفَاءٌ فَإِنَّ وَلَدَهُ يَسْعَوْنَ فِيهِ وَيُؤَدُّونَ نُجُومًا إِنْ كَانُوا كِبَارًا، وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا وَلَيْسَ فِي المَالِ قَدْرُ النُّجُومِ إِلَى بُلُوغِهِمُ السَّعْيَ رُقُّوا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ وَرِثَهُ سَيِّدُهُ.

547 مسألةٌ: وَمَنْ أَوْلَدَ أَمَةً فَلَهُ أَنْ يَسْتَمْتِعَ مِنْهَا فِي حَيَاتِهِ، وَتُعْتَقُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا لَهُ عَلَيْهَا خِدْمَةٌ وَلَا غَلَّةٌ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ، وَهْوَ بِمَنْزِلَةِ أُمِّهِ فِي العِتْقِ يُعْتَقُ بِعِتْقِهَا.

555 مسألةٌ: وَكُلُّ مَا أَسْقَطَتْهُ مِمَّا يُعْلَمُ أَنَّهُ وَلَدٌ فَهْيَ بِهِ أُمُّ وَلَدٍ.

556 مسألةٌ: وَلَا يَنْفَعُهُ العَزْلُ إِذَا أَنْكَرَ وَلَدَهَا وَأَقَرَّ بِالوَطْءِ، فَإِنِ ادَّعَى اسْتِبْرَاءً لَمْ يَطَأْ بَعْدَهُ لَمْ يَلْحَقْ بِهِ مَا جَاءَ مِنْ وَلَدٍ.

558 مسألةٌ: وَلَا يَجُوزُ عِتْقُ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ.

559 مسألةٌ: وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ اسْتُتِمَّ عَلَيْهِ.

561 مسألةٌ: وَإِنْ كَانَ لِغَيْرِهِ فِيهِ مَعَهُ شَرِكَةٌ قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ قِيمَتَهُ يَوْمَ يُقَامُ عَلَيْهِ وَعَتَقَ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ مَالٌ بَقِيَ سَهْمُ الشَّرِيكِ رَقِيقًا.

570 مسألةٌ: وَمَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ مُثْلَةً بَيِّنَةً مِنْ قَطْعِ جَارِحَةٍ وَنَحْوِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ.

572 مسألةٌ: وَمَنْ مَلَكَ أَبَوَيْهِ أَوْ أَحَدًا مِنْ وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ بَنَاتِهِ أَوْ جَدَّهُ أَوْ جَدَّتَهُ أَوْ أَخَاهُ لِأُمٍّ أَوْ لِأَبٍ أَوْ لَهُمَا عَتَقَ عَلَيْهِ.

579 مسألةٌ: وَمَنْ أَعْتَقَ حَامِلًا كَانَ جَنِينُهَا حُرًّا مَعَهَا.

580 مسألةٌ: وَلَا يُعْتَقُ فِي الرِّقَابِ الوَاجِبَةِ مَنْ فِيهِ مَعْنًى مِنْ عِتْقٍ أَوْ تَدْبِيرٍ أَوْ كِتَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا وَلَا أَعْمَى وَلَا أَقْطَعُ اليَدِ وَشِبْهُهُ وَلَا مَنْ عَلَى غَيْرِ الإِسْلَامِ.

581 مسألةٌ: وَلَا يَجُوزُ عِتْقُ الصَّبِيِّ وَلَا المُوَلَّى عَلَيْهِ.

582 مسألةٌ: وَالوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ.